

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI SALERNO

**Responsabilidade objetiva e dano:
uma hipótese de reconstrução sistemática**

***Responsabilità Oggettiva e danno:
un'ipotesi di ricostruzione sistematica***

Felipe Teixeira Neto

DOUTORAMENTO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVIS

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO
COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

2020

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI SALERNO

**Responsabilidade objetiva e dano:
uma hipótese de reconstrução sistemática**

***Responsabilità Oggettiva e danno:
un'ipotesi di ricostruzione sistematica***

Felipe Teixeira Neto

Orientador(es): Prof. Doutor Pedro Romano Martinez
Prof.^a Doutora Virginia Zambrano

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, Especialidade «Ciências Jurídico-Civis» (Universidade de Lisboa), e de *Dottore di Ricerca in Diritto, Curriculum «Comparazione e Diritto Civile»* (Università degli Studi di Salerno), em regime de co-tutela, conforme acordo celebrado entre as instituições envolvidas.

2020



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI SALERNO

**Responsabilidade objetiva e dano:
uma hipótese de reconstrução sistemática**

***Responsabilità Oggettiva e danno:
un'ipotesi di ricostruzione sistematica***

Felipe Teixeira Neto

Orientador(es): Prof. Doutor Pedro Romano Martinez
Prof.^a Doutoressa Virginia Zambrano

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, Especialidade «Ciências Jurídico-Civis» (Universidade de Lisboa), e de *Dottore di Ricerca in Diritto, Curriculum «Comparazione e Diritto Civile»* (Università degli Studi di Salerno), em regime de co-tutela, conforme acordo celebrado entre as instituições envolvidas.

Júri:

- Doutoressa Virginia Zambrano, Professora Ordinaria
Scuola di Giurisprudenza, Università degli Studi di Salerno, Orientadora;
- Doutoressa Livia Saporito, Professora Ordinaria
Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli;
- Doutor Paulo Cardoso Correia a Mota Pinto, Professor Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
- Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Professor Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,
- Doutor Dário Manuel Lentz de Moura Vicente, Professor Catedrático
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutor Rui Filipe Soares Pereira, Professor Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

2020

“Em cada época há certas palavras às quais se vincula
mais intimamente o espírito objetivo de uma sociedade. (...)
Atualmente o conceito de «responsabilidade» parece desempenhar este papel”

Klaus Günther

RESUMO

Versa a presente investigação sobre a conformação jurídica hodierna do instituto da responsabilidade civil objetiva, especialmente tendo em vista a necessidade de se propor a ressystematização da sua estrutura e a racionalização do seu emprego. O alargamento da imputação objetiva no curso do século XX, o que se deu por intermédio da previsão de situações supostamente especiais, contribui para a sua fragmentariedade e, por conseguinte, para o comprometimento da ideia de conjunto. Visa-se, assim, propor uma reconstrução sistemática da responsabilidade civil objetiva enquanto categoria jurídica, extraindo-se das variadas situações em que se verifica elementos comuns que, por meio de uma revisão dogmática, permitam adaptar os seus termos a um uso adequado e eficiente. Para tanto, no primeiro capítulo, será apresentada uma revisão da atual noção jurídica responsabilidade civil, o que será feito por intermédio do exame da evolução dos seus termos, especialmente tendo em conta o confronto entre imputação por culpa e imputação objetiva e o papel de cada uma no delineamento dos contornos do instituto. No segundo capítulo, pretende-se apresentar um fundamento unitário de legitimação para a responsabilidade objetiva nas suas variadas manifestações, analisando o papel do risco, da equidade, da prevenção e da solidariedade e a (in)suficiência de cada um deles para esta tarefa. No terceiro capítulo, intenta-se revisar a dogmática dos pressupostos do dever de indenizar, com o objetivo de traçar uma estrutura própria que atenda as peculiaridades da responsabilidade objetiva. No último capítulo, à vista o percurso trilhado, pretende-se apresentar as bases sobre as quais se funda o regime geral que se está a propor, ressystematizando os seus termos (fundamento, estrutura e função) e demonstrando a sua validade diante de uma situação concreta de imputação. O método da investigação será o analítico, com recurso ao estudo do direito comparado, situando-a no âmbito normativo dos sistemas jurídicos italiano, português e brasileiro, tendo em conta as suas proximidades e a viabilidade de que, nas suas diferenças, possam-se propor novas soluções ao instituto em exame.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil. Responsabilidade civil. Imputação objetiva. Dano. Reparação.

RIASSUNTO

Il lavoro prende origine dalla esigenza di verificare quale sia la funzione oggi svolta dalla responsabilità oggettiva, soprattutto tenendo conto della necessità di proporre una risistemazione della sua struttura nella prospettiva di una razionalizzazione del suo impiego. Il discorso è attuale perché l'allargamento della imputazione oggettiva nel corso del XX secolo ha contribuito alla frammentazione e, di conseguenza, alla compromissione dell'unitarietà dell'istituto. Ciò che qui si è inteso proporre è, pertanto, una ricostruzione sistematica della responsabilità oggettiva, ragionando a partire da una analisi degli elementi che la compongono onde verificare la possibilità di proporle un uso efficiente ed adeguato alla sfide della società moderna. Partendo da questa premessa, nel primo capitolo, attraverso un'analisi dei suoi elementi, si è inteso guardare all'attuale funzione della responsabilità civile. È qui che si innesta il dibattito fra imputazione per colpa, imputazione oggettiva e responsabilità nonché il ruolo svolto da ciascuno di questi elementi nel delinearsi dell'istituto. Nel secondo capitolo si è inteso mostrare l'esistenza di un fondamento unitario della responsabilità oggettiva, nelle sue varie manifestazioni. Sono analizzati e discussi i limiti di concetti quali quelli di rischio, equità, prevenzione e solidarietà, anche nella prospettiva del risarcimento del danno. Nel terzo capitolo si tenta di costruire una dogmatica dei presupposti dell'obbligo di risarcire con l'obiettivo di delineare una struttura che intercetti la peculiarità della responsabilità oggettiva. Nell'ultimo capitolo, in un discorso di sintesi, vengono ripresi questi profili per porre in evidenza i presupposti sui quali poggia la visione che si propone, in uno sforzo di (ri)sistematizzazione di fondamento, struttura e funzione della responsabilità oggettiva e verificando la validità della ricostruzione proposta attraverso l'analisi di situazioni concrete. Il metodo utilizzato nella ricerca è di tipo analitico. Si è fatto ricorso altresì alla indagine comparatistica. In quest'ottica, oggetto di analisi sono state le soluzioni offerte dai sistemi giuridici italiano, portoghese e brasiliano, tenendosi in conto, per un verso, una sostanziale vicinanza delle risposte offerte dagli ordinamenti in esame e, per l'altro, la sostenibilità di nuove letture che possano trarre alimento dalla visione comparatistica.

PAROLE CHIAVE: Diritto civile. Responsabilità civile. Imputazione oggettiva. Danno. Risarcimento.

ABSTRACT

This investigation refers to the current legal framework of the institute of strict civil liability, especially given the need to propose a re-systematization of its structure and rationalization of its application. The expansion of objective imputation over the course of the 21st century required the rethinking of the very idea of liability currently in effect. Particularly, because this occurred by means of the provision of supposedly special and, consequently, fragmentary situations, which jeopardized its idea of an aggregate. Therefore, the aim is to propose a systematic reconstruction of strict civil liability as a whole, by extracting, from a variety of situations verified, common elements that, by means of a dogmatic review, allow the adaptation of its terms to adequate and efficient use. Bearing this in mind, the study begins with a review of the current notion of civil liability, examining the paths followed in its construction and the inevitable parallel that has been established between strict and objective liability. Next, it is necessary to determine the existence of a uniform basis of legitimation for its most varied expressions, which is proposed in structured terms. The next step is to present an overview of the necessary requirements for the creation of the corresponding obligation bond, reviewing widely recognized traditional requirements to bring them into line with the actual needs of imputation without fault. After that, considerations are made regarding the viability of proposing a general strict civil liability system, with the presentation of its re-systematized terms and the experimentation of its use, with a view to proving its validity. For such purpose, the analytical method is to be adopted, resorting to the study of comparative law, placing the research on the normative level of the Italian, Portuguese and Brazilian legal systems, taking into account their closeness and the feasibility that - amidst their differences - new legal solutions may be proposed to the institute under analysis.

KEY WORDS: Civil law. Tort law. Strict liability. Damage. Redress.

LISTA DE ABREVIATURAS

a.:	ano
AAVV:	vários autores
abr.:	abril
ago.:	agosto/ <i>agosto</i>
apr.:	<i>aprile</i>
atual.:	atualizado
BGB:	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemão)
BMJ:	Boletim do Ministério da Justiça (Portugal)
cit.:	citado
Cons.:	Conselheiro/ <i>Consigliere</i>
Coord.:	Coordenador(a)
Des.:	Desembargador
dez.:	dezembro
dic.:	<i>dicembre</i>
ed.:	edição/ <i>edizione</i>
fasc.:	fascículo/ <i>fascicolo</i>
feb.:	<i>febbraio</i>
gen.:	<i>gennaio</i>
giu.:	<i>giugno</i>
jul.:	julho
Julg.:	Julgado em
jun.:	junho
lul.:	<i>luglio</i>
mag.:	<i>maggio</i>
mai.:	maio
mar.:	março/ <i>marzo</i>
Min.:	Ministro
n.:	número
nov.:	novembro/ <i>novembre</i>

org.:	organizador(es)
ott.:	<i>ottobre</i>
out.:	outubro
p.:	página/ <i>pagina</i>
pp.:	páginas/ <i>pagine</i>
Prof.:	Professor(a)
Public.:	Publicado em
Reimp.:	reimpressão
Rel.:	Relator(a)
s.ed.:	sem editora
S.M.J.:	salvo melhor juízo
s.n.:	sem número
Sent.:	<i>sentenza</i>
set.:	setembro/ <i>setembro</i>
ss.:	seguintes
t.:	tomo
tir.:	tiragem
Trad.:	Tradutor(a)/ <i>traduzione</i>
v.:	volume
v.g.:	por exemplo (<i>verbi gratia</i>)
v.s.:	<i>versus</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
§ 1º MARCOS TEÓRICOS DO TEMA PROPOSTO.....	22
§ 2º OBJETIVOS E MÉTODO DA INVESTIGAÇÃO.....	34
CAPÍTULO I - AS PLÚRIMAS ACEPÇÕES DA IDEIA DE RESPONSABILIDADE: PANORAMA DE UMA CONSTRUÇÃO CONCEITUAL (ENTRE CULPA E IMPUTAÇÃO OBJETIVA).....	42
§ 1º OS ALICERCES HISTÓRICOS DA IDEIA DE RESPONSABILIDADE.....	44
1 O direito romano e a sua concepção de responsabilidade.....	45
1.1 O direito pré-clássico.....	46
1.2 O direito clássico.....	50
1.3 Os direitos pós-clássico e justinianeus.....	56
2 O direito intermédio e os germes da responsabilidade civil.....	61
2.1 O direito medieval autêntico.....	62
2.2 A recepção do direito romano.....	68
2.2.1 <i>O período medieval tardio (Glosadores e os Comentadores)</i>	<i>69</i>
2.2.2 <i>O papel do direito canônico.....</i>	<i>74</i>
2.2.3 <i>O período moderno (Humanismo e Jusracionalismo).....</i>	<i>78</i>
3 O direito codificado e a estruturação da responsabilidade civil.....	88

3.1	<i>O Code Civil e o modelo francês de imputação de danos</i>	90
3.1.1	<i>Os antecedentes justificadores da opção francesa</i>	90
3.1.2	<i>A dogmática do modelo francês</i>	96
3.2	<i>O BGB e o modelo alemão de imputação de danos</i>	102
3.2.1	<i>Antecedentes da regulação civil</i>	102
3.2.2	<i>A dogmática do modelo alemão</i>	107
§ 2º	OS ALICERCES JURÍDICOS DA NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE	113
1	As repercussões da sistematização moderna da responsabilidade civil	113
1.1	<i>A experiência italiana</i>	115
1.2	<i>A experiência portuguesa</i>	119
1.3	<i>A experiência brasileira</i>	121
2	O século XX e seus reflexos sobre a noção de responsabilidade civil	125
2.1	<i>A descoberta do risco e a sua de gestão</i>	126
2.1.1	<i>Responsabilidade civil e industrialização</i>	127
2.1.2	<i>Responsabilidade civil e socialização do risco</i>	136
2.2.	<i>A imputação de danos e a repersonificação do direito civil</i>	141
2.2.1	<i>A pessoa e a noção jurídica de responsabilidade</i>	143
2.2.2	<i>Os danos causados à pessoa</i>	148
3.	As interfaces entre o princípio da culpa e a imputação objetiva de danos	153
3.1	<i>A hodierna noção de responsabilidade civil nas experiências sob comparação: o estado da arte em matéria de regulação normativa</i>	154
3.1.1	<i>A experiência italiana</i>	156
3.1.2	<i>A experiência portuguesa</i>	160
3.1.3	<i>A experiência brasileira</i>	164

3.2	<i>Responsabilidade subjetiva vs. responsabilidade objetiva: um espaço de coexistência?</i>	169
3.2.1	<i>O regime geral da culpa e a sua posição no quadro geral da responsabilidade civil</i>	171
3.2.2	<i>Os regimes de imputação objetiva e o seu lugar na construção da ideia de responsabilidade civil</i>	178

CAPÍTULO II - OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA: MARCOS DE UMA BUSCA DE LEGITIMAÇÃO.....188

§ 1º O RISCO ENQUANTO FUNDAMENTO DE DELEGITIMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....190

1 As teorias fundadas no risco e o seu desenvolvimento.....190

1.1 A gênese dogmática do risco enquanto fundamento da responsabilidade objetiva.....191

1.1.1 As teorias negativas.....193

1.1.2 As teorias construtivas.....200

1.2 Os principais desenvolvimentos contemporâneos da teoria do risco.....206

1.2.1 O risco profissional.....206

1.2.2 O risco-criado.....213

1.2.3 A exposição ao perigo.....218

2 As teorias do risco na legitimação unitária da responsabilidade objetiva.....224

2.1 A responsabilidade civil pelo fato da coisa.....226

2.1.1 Responsabilidade por danos causados pela coisa em custódia.....227

2.1.2	<i>Responsabilidade por danos causados por animais.....</i>	231
2.1.3	<i>Responsabilidade por danos decorrentes de edifícios ou obras.....</i>	235
2.2	<i>A responsabilidade civil pelo fato de outrem.....</i>	238
2.2.1	<i>Responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos sob sua guarda.....</i>	239
2.2.2	<i>Responsabilidade do comitente.....</i>	244
3	<i>A (in)suficiência do risco como fundamento unitário da responsabilidade objetiva.....</i>	248
§ 2º	FUNDAMENTOS ALTERNATIVOS AO RISCO NA LEGITIMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	253
1.	O princípio da equidade.....	254
1.1	<i>Equidade e responsabilidade civil.....</i>	255
1.1.1	<i>Por uma noção de equidade.....</i>	256
1.1.2	<i>Equidade e justiça distributiva.....</i>	259
1.2	<i>Equidade, equilíbrio social e imputação objetiva.....</i>	263
1.2.1	<i>Responsabilidade civil, distribuição dos danos e o papel da equidade.....</i>	263
1.2.2	<i>A (in)suficiência da equidade enquanto fundamento da responsabilidade.....</i>	268
2	O princípio da prevenção.....	272
2.1	<i>Prevenção em sentido alargado e evitabilidade de danos.....</i>	273
2.1.1	<i>Prevenção, precaução, risco e perigo.....</i>	274
2.1.2	<i>Evitabilidade de danos e responsabilidade civil.....</i>	279
2.2	<i>Responsabilidade objetiva e princípio da prevenção.....</i>	283

2.2.1	<i>Prevenção e imputação sem culpa: um cotejo necessário.....</i>	284
2.2.2	<i>Uma legitimação possível a partir do princípio da prevenção?</i>	287
3	O princípio da solidariedade.....	291
3.1	<i>A noção jurídica de solidariedade e o juízo de imputação de danos.....</i>	293
3.1.1	<i>Por uma demarcação da atual noção jurídica de solidariedade.....</i>	294
3.1.2	<i>Solidariedade, «alterum non laedere» e gestão de danos.....</i>	299
3.2	<i>Responsabilidade objetiva e princípio da solidariedade.....</i>	303
3.2.1	<i>A solidariedade enquanto fundamento da imputação objetiva.....</i>	304
3.2.2	<i>A solidariedade e o reagrupamento da fragmentariedade.....</i>	309
CAPÍTULO III - A ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: UMA (RE)LEITURA DOS SEUS PRESSUPOSTOS.....		315
§ 1º	OS PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS.....	318
1	A imputabilidade.....	319
1.1	<i>Premissas teóricas.....</i>	319
1.2	<i>Imputabilidade e responsabilidade objetiva.....</i>	323
1.2.1	<i>A posição da doutrina.....</i>	323
1.2.2	<i>A posição da jurisprudência.....</i>	326

1.3	As soluções em matéria de inimizabilidade.....	328
1.3.1	<i>Responsabilidade indireta.....</i>	329
1.3.2	<i>Responsabilidade subsidiária.....</i>	331
2	A ilicitude.....	333
2.1	Illicitude, antijuridicidade e injustiça.....	334
2.1.1	<i>A convergência teórica entre as designações «ilicitude» e «antijuridicidade».....</i>	336
2.1.2	<i>O conteúdo atual do pressuposto da ilicitude/antijuridicidade.....</i>	339
2.1.3	<i>A injustiça do dano e a sua correlação com a noção de ilicitude.....</i>	345
2.2	Illicitude e responsabilidade objetiva.....	350
2.2.1	<i>O pressuposto da ilicitude no juízo de imputação objetiva.....</i>	351
2.2.2	<i>A problemática das causas de justificação.....</i>	355
2.2.3	<i>A problemática do abuso de direito.....</i>	361
3	O papel da conduta em um regime geral de responsabilidade objetiva.....	366
§ 2º	OS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS.....	372
1	O dano.....	373
1.1	A construção da noção jurídica de dano.....	374
1.1.1	<i>O dano em sentido naturalístico.....</i>	375
1.1.2	<i>A jurisdicização do dano.....</i>	378
1.1.3	<i>O dano juridicamente relevante.....</i>	381
1.2	Dano juridicamente relevante e imputação objetiva.....	385
1.2.1	<i>O elemento qualificador do dano.....</i>	386

1.2.2	<i>O paradigma do dano injusto.....</i>	390
1.2.3	<i>Por uma noção de dano útil à responsabilidade objetiva.....</i>	395
2	O nexo de causalidade.....	402
2.1	<i>A demarcação do nexo causal relevante à responsabilidade civil.....</i>	404
2.1.1	<i>Da causalidade fática à causalidade jurídica.....</i>	406
2.1.2	<i>As teorias ditas clássicas sobre a causalidade.....</i>	410
2.1.3	<i>As teorias normativas da causalidade.....</i>	415
2.2	<i>Imputação objetiva e casos difíceis em matéria de causalidade.....</i>	420
2.2.1	<i>Causalidade múltipla e concurso de imputações.....</i>	421
2.2.2	<i>Nexo causal e dano previsível.....</i>	428
2.2.3	<i>A interrupção do nexo causal e a exclusão da responsabilidade.....</i>	434
3	O papel do dano (e da sua causalidade) num regime geral de responsabilidade objetiva.....	441

CAPÍTULO IV – POR UM REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: FUNDAMENTO ESTRUTURA E FUNÇÃO.....446

§ 1º BASES PARA A RECONSTRUÇÃO UNITÁRIA DE UM REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.....448

1 O fundamento unitário da responsabilidade civil objetiva e o seu papel da construção de um regime geral de imputação.....448

1.1 Responsabilidade objetiva e balanceamento de interesses...449

1.1.1	<i>A noção atual de responsabilidade civil e o papel da ponderação entre os interesses do lesante e do lesado.....</i>	450
1.1.2	<i>A seleção dos danos ressarcíveis no regime geral de imputação objetiva.....</i>	456
1.2	<i>O princípio da solidariedade e a unidade da responsabilidade objetiva.....</i>	462
1.2.1	<i>A concretização da noção jurídica de solidariedade por meio da responsabilidade objetiva.....</i>	464
1.2.2	<i>O princípio da solidariedade enquanto filtro da reparação.....</i>	469
2	<i>Os pressupostos da imputação objetiva e a reestruturação da ideia de responsabilidade civil.....</i>	474
2.1	<i>Elementos para uma reconstrução unitária.....</i>	475
2.1.1	<i>As reminiscências dos pressupostos subjetivos.....</i>	475
2.1.2	<i>A releitura dos pressupostos objetivos.....</i>	482
2.2	<i>Responsabilidade civil objetiva e revisão dogmática.....</i>	486
2.2.1	<i>A centralidade do conceito normativo de dano.....</i>	487
2.2.2	<i>A operatividade da noção juridicizada de nexo causal.....</i>	491
§ 2º	<i>A FUNCIONALIDADE DO REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA: UM EXAME A PARTIR DA IMPUTAÇÃO DECORRENTE DOS DANOS AMBIENTAIS.....</i>	498
1	<i>A responsabilidade civil ambiental e o juízo de ponderação que se concretiza por meio da imputação objetiva.....</i>	500
1.1	<i>Considerações preliminares acerca da problemática envolvendo a responsabilidade civil e a gestão dos danos ambientais...</i>	501

1.2	<i>Responsabilidade civil por danos ambientais, imputação objetiva e ponderação de interesses à luz do princípio da solidariedade.....</i>	506
2	<i>A estrutura da responsabilidade civil ambiental como meio de concretização da utilidade de um regime geral de imputação objetiva.....</i>	515
2.1	<i>O conceito normativo de dano ambiental e a operacionalização do regime geral de responsabilidade civil objetiva a ele associado.....</i>	516
2.2	<i>A noção jurídica de causalidade em matéria ambiental e a efetivação do regime geral de responsabilidade civil objetiva correspondente.....</i>	521
	CONCLUSÃO.....	527
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	544

INTRODUÇÃO

“La questione della responsabilità oggettiva è stata il problema teorico
più impegnativo della responsabilità civile negli ordinamenti
dell’area occidentale a civiltà industriale evoluta”

Carlo Castronovo

A responsabilidade civil, em um relativamente curto espaço de tempo, vivenciou não só uma evolução, mas uma verdadeira revolução¹. A partir do pensamento sistematizado pelo princípio *casum sentit dominus*, representativo da excepcionalidade das hipóteses de imputação de danos, foi possível chegar a uma ampliação significativa das situações de cabimento da imposição do dever de indenizar.

E dita ampliação deu-se não apenas por meio da revisão do conteúdo dogmático de conceitos jurídicos até então consolidados, mas também da dispensa da verificação de pressupostos que, outrora, representavam o próprio fundamento do dever de indenizar. Trata-se do reconhecimento, mesmo que em regime excepcional (ao menos em tese), de hipóteses de responsabilidade civil em que a aferição da existência de culpa imputável ao lesante para fins de causação do dano mostra-se irrelevante ao surgimento do vínculo obrigacional.

¹ JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Trad. Raul Lima. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 38, fasc. 456, jun. 1941, p. 52.

Sem prejuízo da excepcionalidade que ainda lhe é atribuída pela doutrina tradicional, os sistemas jurídicos têm sido pródigos em reconhecer mais e mais hipóteses de responsabilidade objetiva, fazendo-o, não raro, por meio de típicas cláusulas gerais (v.g., artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002). Tanto que dita forma de regular a matéria tem motivado, de um lado, ainda que de modo insipiente, a revisão da pecha de excepcionalidade que até então lhe era atribuída; por sua vez, de outro, a afirmação de que a ciência jurídica vive um crescimento desordenado do instituto.

A par das inegáveis vantagens que lhe são inerentes, especialmente tendo em conta o fato de a responsabilidade civil objetiva viabilizar a redução do número de danos desprovidos de reparação, não se pode deixar de ponderar que traz consigo desvantagens inequívocas que decorrem do empolamento da imputação de danos. Paralelamente a isso, é notória a fragmentariedade da sua dogmática, característica supostamente atribuível ao fato de as situações que a legitimam terem sido introduzidas nos mais variados ordenamentos por meio de legislação não codificada – desprovida, por vezes, de uma sistemática própria dos Códigos – e com o objetivo de tutelar situações concretas e específicas, havendo, inclusive, dúvidas sobre a viabilidade de se antever na teoria do risco o seu fundamento unitário.

Daí que, por vezes, é possível verificar situações concretas nas quais a simples ocorrência do dano, da conduta e do nexo causal aliada à existência de previsão expressa de dispensa da culpa não basta ao surgimento de um dever de indenizar *legítimo*. Neste contexto, mostra-se relevante bem demarcar as efetivas hipóteses em que se justifica a imputação objetiva de danos, o que pressupõe a compreensão e a delimitação adequadas do seu fundamento de legitimidade e de cada um dos seus pressupostos, muitos dos quais forjados em uma realidade jurídica na qual a culpa não só era requisito, mas a própria essência da responsabilidade civil.

É neste universo que se insere a investigação que ora se propõe, a qual visa a compreender se o trinômio dano-nexo causal-previsão legal de responsabilidade objetiva (mesmo quando por meio de cláusula geral) é suficiente ao surgimento do dever de indenizar. Ou se a pluralidade de situações hoje existentes aliada a uma

complexidade social não imaginada quando da estruturação dogmática oitocentista dos elementos da responsabilidade civil não estão a exigir outros *filtros* mais aptos a bem demarcar as hipóteses em que efetivamente se justifique e legitime o surgimento do dever de indenizar.

§ 1º OS MARCOS TEÓRICOS DO TEMA PROPOSTO

A ocorrência de danos é circunstância inerente à existência humana. O simples fato de o homem existir basta a implicar na prática de diversas condutas lesivas aos interesses de terceiros, sendo tarefa da responsabilidade civil identificar quais dos prejuízos delas decorrentes serão objeto de reparação e equalizar a distribuição dos encargos correspondentes. Isso porque o dever de indenizar, em última análise, não põe fim ao dano, mas apenas o transfere da esfera jurídica do lesado ao devedor da prestação indenizatória.

Conforme ensina Karl Larenz², o dever decorrente da responsabilidade civil representa, de um modo geral, uma exigência de justiça comutativa que encontra lugar quando uma pessoa distinta do prejudicado é chamada a ser responsável pelo acontecimento danoso. Ou seja, é a possibilidade de, com base na ordem jurídica vigente, transferir-se o dano da esfera do lesado para outrem³. É, pois, vínculo obrigacional que decorre da lei e não da vontade das partes, ainda que o responsável tenha intencionalmente concorrido para a produção do evento danoso⁴, sendo fonte de obrigação baseada no princípio geral do ressarcimento dos danos⁵.

Justamente por isso é que, constituindo-se em hipótese de imputação a terceiro de um prejuízo sofrido por outrem, foi tendencialmente considerada como exceção à regra geral acolhida de modo amplo pela tradição voluntarista consagrada pela codificação do século XIX segundo a qual o lesado suporta o dano (*casum sentit dominus*). Daí que, para o seu nascimento, exige-se a presença de todos os pressupostos exigidos por lei para tanto, isto é, daqueles “requisitos cuja verificação conjunta seria necessária para desencadear as estatuições da responsabilidade”⁶, o

² LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, tomo I, p. 190.

³ LEITÃO, Luís de Menezes. **Direito das Obrigações**. 6ed. Coimbra: Almedina, 2007, vol. I, p. 283.

⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito da Obrigações**. 11ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 519.

⁵ LEITÃO, Luís de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 283.

⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Obrigações**. Lisboa: AAFDL, 1986, p. 279.

que deve estar legitimado em um preceito de ordem geral extraível do próprio ordenamento, que serve de fundamento de validade da imputação⁷.

Ocorre que diante do incremento cada vez maior da complexidade social, o qual implica num adensamento do entrecruzar de atividades fronteiriças, passa-se a vivenciar uma necessidade cada vez maior de que, em nome da estabilidade do grupo, uma série de danos que até então permanecia à margem da responsabilidade civil não mais possa continuar nesta condição. A regra da excepcionalidade, com isso, passa a sofrer um tendente abrandamento, tornando-se cada vez mais restrita diante de um número cada vez maior de situações ensejadoras do dever de indenizar⁸.

A superação da referida excepcionalidade passou a ser operacionalizada por caminhos variados, não apenas por meio da reconstrução do conteúdo dogmático de alguns dos seus pressupostos – a propósito, o que ocorreu com as teorias sobre o nexo de causalidade –, mas especialmente por intermédio da superação do dogma da culpa, até então inarredável. Especificamente quanto a este último ponto e se partindo de uma evolução histórica da experiência jurídica, é bem verdade que, de início, eram vastas as situações de responsabilidade objetiva, tendo a culpa, ao longo dos tempos, adquirido o papel de verdadeiro limitador do universo responsável⁹.

E é exatamente com esta conformação limitada pela culpa que a responsabilidade civil ingressa no direito civil moderno. Tanto que a construção sistemática adquirida pelo instituto a partir das codificações oitocentistas, numa perspectiva clássica, veio deveras influenciada por conotações de matiz voluntarista, associando-se a imputação de danos à noção de culpa, pois em sendo o indivíduo livre, deve responder pelo seu agir¹⁰.

As mutações de ordem econômica e social que sobrevieram, contudo, não permitiram a estagnação deste pensamento, ao menos não de modo unitário e

⁷ Aqui, a ideia de *fundamento* está associada à razão que justifica o vínculo jurídico obrigacional para o fim de conferir a “medida da concordância entre a regra posta na lei e os ideais de justiça vigentes”; sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos da responsabilidade civil**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 15, n. 93, out. 1991, p. 50.

⁸ MONTEIRO, Jorge Sinde. **Estudos sobre a Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 12.

⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010, t. III, p. 601.

¹⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 11ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 528.

absoluto. Assim, é notório o movimento verificado na ciência jurídica já a partir do final do século XIX, com um recrudescimento marcante ao longo de todo o século XX, no sentido de se agregar fundamento de validade outro à responsabilidade civil, fundamento este que justificou não apenas o reconhecimento de hipóteses de obrigação indenizatória independente de culpa, mas a própria expansão deste fenômeno ao ponto de, hoje, para alguns, sequer ser adequado falar-se em um regime verdadeiramente excepcional contraposto à regra geral da responsabilidade civil subjetiva.

E todo este movimento veio alicerçado na convicção da necessidade de se “olhar menos ao lesante do que ao lesado, o que coloca a cobertura do dano no centro da problemática da responsabilidade civil”¹¹, dele se retirando a culpa, que estava preponderantemente associada a um juízo de reprovabilidade em relação à conduta do agente e não propriamente ao prejuízo dela decorrente. Não se trata, contudo, de processo simples na medida em que não se operacionaliza por meio da singela supressão de relevância de uma categoria jurídica.

Para que tal fosse viável, mostrou-se imprescindível uma revisão conceitual da dogmática construída em torno da responsabilidade civil a partir da codificação oitocentista, dogmática esta que, até então, era imprescindível à manutenção da cultuada excepcionalidade do dever indenizatório. Dito fenômeno viabilizou-se por meio do que tem sido chamado de “erosão dos filtros tradicionais da reparação”, os quais constituíam verdadeiras barreiras ao surgimento do vínculo obrigacional reparatório consubstanciadas nas exigências herméticas e estanques da verificação da ilicitude e da prova da culpa e do nexo de causalidade¹².

Nestes termos, se a culpa deixa de ser fundamento exclusivo do dever de indenizar, transmutando-se em mero pressuposto seu, abre-se espaço ao surgimento dos já antes aludidos regimes de responsabilidade de natureza objetiva. Ditos vínculos,

¹¹ MONTEIRO, Jorge Sinde. **Estudos...**, cit., p. 21.

¹² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11. Na mesma linha, VICENTE, Dário Moura. **Dirito Comparado**. Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017, v. II, p. 397, fala no “rebentamento dos diques da responsabilidade”, que decorre da “intolerância ao dano (em particular o não patrimonial)”.

inclusive, pelas suas próprias características, têm os seus pressupostos alterados em comparação do regime geral de cunho subjetivo (fundado no delito), exprimindo, por meio da responsabilidade civil, objetivos alicerçados em conotações diversas, que restam por contrapor a justiça corretiva tradicional a uma noção de justiça distributiva associada à imputação objetiva¹³.

Grosso modo, quer-se dizer que, com isso, o objetivo passa a ser não mais apenas a busca de um culpado, mas, mais do que isso, de um sujeito responsável pela reparação¹⁴.

Ocorre que o surgimento e a expansão da objetivação da responsabilidade civil processou-se essencialmente para atingir situações concretas, criando verdadeiras “ilhas de imputação objetiva”¹⁵. Com isso, a previsão de dispensa da culpa – não só como fundamento, mas também como pressuposto do dever de indenizar – veio estabelecida em legislação esparsa, não codificada, com o objetivo de regular hipóteses especiais não raro associadas a atividades de risco que, a par de lícitas e até socialmente relevantes, eram especialmente aptas a gerar danos.

Tudo isso atribuiu à responsabilidade civil objetiva uma inegável fragmentariedade dogmática, o que tem permitido considerar difícil a existência de uma genuína teoria a seu respeito, ao menos com a generalidade que lhe seria ínsita. E isso não apenas em razão da diversidade de situações abarcadas por uma mesma designação, mas especialmente pelas dificuldades de se encontrar na teoria do risco – segundo a qual a culpa seria dispensada pela necessidade de que o sujeito dê uma contrapartida ao grupo pelas vantagens que auferir com o desenvolvimento de determinada atividade que, embora lícita, é especialmente ariscada – a justificação para todas as situações concretas de imputação objetiva¹⁶.

¹³ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. O método do caso. Coimbra: Almedina, 2006, p. 84.

¹⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., t. III, p. 593.

¹⁶ Apenas exemplificativamente, é de se lembrar a responsabilidade civil objetiva do comitente cujo fundamento não pode ser encontrado propriamente no risco da atividade. Neste sentido: FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 84.

Ou seja, a aparente ausência de um fundamento único de validade para a responsabilidade civil sem culpa, diante da insuficiência do risco enquanto nexó exclusivo de imputação¹⁷, é fator de intensa fragilidade das construções teóricas de pretensão uniforme estruturadas após a sua ampla aceitação legislativa, circunstância que está a exigir uma maior atenção da doutrina para o tema.

O certo é que a soma de todos estes fatores, associada a uma tendência cada vez maior de incremento das hipóteses de surgimento do vínculo reparatório com dispensa da culpa, não raro tem levado a um crescimento desordenado da responsabilidade civil objetiva¹⁸, fenômeno que, por si só, já justificaria uma investigação científica a respeito da sua conformação jurídica¹⁹

Se não bastasse, a antes aludida ausência de uniformidade quando à fundamentação do regime de responsabilidade em causa tem implicado dificuldades até mesmo na sua designação. Isso porque a par da usual associação irrestrita – quiçá como sinóníma²⁰ – do termo responsabilidade civil objetiva às hipóteses de dispensa da culpa com base no risco, ele serve a abarcar também os casos em que a lei permite uma determinada atuação geradora de dano, mas impõe ao seu causador o dever de repará-lo (responsabilidade pelo sacrifício²¹ ou por atos lícitos), ou mesmo as situações em que determinadas pessoas são tidas como uma espécie de garantidoras da atuação de outrem, respondendo, portanto, independentemente de culpa, pelos danos por eles causados (v.g., responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos).

A partir desta compreensão é verificada a diversidade de situações abrangidas por um mesmo fenômeno, tudo isso, ainda, intensamente agravado por uma já aludida fragmentariedade dogmática por vezes desprovida de sistematização

¹⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil...**, cit., p. 32. No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas...**, cit., p. 29. Para o último autor, “o discurso do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva parece, hoje, questionável. Demonstra-o o próprio dado normativo. [...] Hipóteses legais há em que a criação de um risco pelo sujeito responsável mostra-se de difícil ou artificial identificação”.

¹⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, cit., p. 529

¹⁹ Como assinala CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., t. III, p. 596, em matéria de responsabilidade civil objetiva, “a elaboração de princípios gerais, de linhas de concretização e a própria harmonização das soluções foi posta em causa e encontra-se, ainda hoje, em grande parte incompleta”, justificando, assim, a sua investigação.

²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, cit., p. 612.

²¹ MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**. Apontamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 82.

geral e sem preocupação de conjunto²², torna-se imprescindível refletir profundamente acerca dos pressupostos que ensejam o surgimento do dever de indenizar com base na imputação objetiva, contextualizando-os com os fatores de legitimação de dito regime de responsabilidade.

O fato, a ilicitude, a atribuição do fato ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta constituem a relação dos pressupostos do dever de indenizar mais frequentemente referida na literatura jurídica para as hipóteses gerais de responsabilidade. Neste particular, Fernando Pessoa Jorge²³, após apresentar síntese do pensamento de diversos doutrinadores acerca do tema, conclui que os pressupostos da responsabilidade civil poder-se-iam reconduzir a dois: (i) o ato ilícito, englobando a ação ou omissão causadora da lesão, a ilicitude e o nexo de imputação (nele se incluindo a culpa), e (ii) o prejuízo reparável, abrangendo o dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta.

Num evidente amadurecimento desta ideia, António Menezes Cordeiro²⁴ apresenta relevante sistematização quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, referindo que dois são os planos em que se dá a sua verificação: um primeiro, de natureza fática, no qual concorrerão o fato, o dano e a causalidade entre ambos, dito fático em razão de ser perceptível pelos sentidos, e um segundo, de natureza jurídica, o qual permitirá a efetiva formação de um juízo de imputação em relação ao devedor da obrigação de indenizar ou, nas suas próprias palavras, permitirá “recair sobre o agente o dever de reparar o dano causado”²⁵.

Transpondo estas construções à responsabilidade civil objetiva, poder-se-ia dizer que, à sua verificação, bastaria a ocorrência do segundo pressuposto idealizado por Fernando Pessoa Jorge, antes identificado pela indicação (ii), ou a verificação dos elementos integrantes do plano fático aludido por António Menezes Cordeiro, ambos aliados, obviamente, à previsão legal de dispensa da culpa, seja ela em hipótese

²² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., t. III, p. 597-588.

²³ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995, reimpressão, pp. 53 e ss.

²⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais**. Lisboa: Lex, 1997, p. 423.

²⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil...**, cit., p. 423

taxativa, seja ela por meio de cláusula geral contemplativa de determinadas situações abertas.

E dita transposição não é dotada de aparente dificuldade, até mesmo pelo fato de ser notório o reconhecimento de que a responsabilidade objetiva desenvolveu-se como um reflexo daquela de matriz subjetiva²⁶, não obstante os riscos que este desenvolvimento possa acarretar.

Todavia, será isso suficiente, em especial diante da ampliação das hipóteses legislativas de dispensa da culpa e, por conseguinte, do juízo valorativo a ela inerente?

Em outras palavras: se foi possível promover uma mudança tendencial do epicentro da responsabilidade civil, deslocando-o da conduta do lesante para o dano sofrido pelo lesado, é suficiente uma simples dispensa de alguns dos pressupostos imprescindíveis ao vínculo obrigacional fundado na culpa ou se mostra necessária uma revisão do conteúdo dogmático construído sobre cada um destes pressupostos, visando a adaptá-los a uma realidade diversa daquele em que foram forjados?

Neste particular, a própria doutrina clássica tem chamado à atenção, quando do trato dos regimes, em tese, excepcionais de responsabilidade especialmente ligados à industrialização e às tecnologias modernas, para a necessidade da estruturação de conceitos com conteúdo diverso daqueles consagrados pelos Códigos do século XIX às situações comuns²⁷. Ou seja, é notória a insuficiência de uma simples transposição conceitual de um regime para o outro, até mesmo porque as realidades que refletem, cada um deles, têm feições sociais, econômicas e ideológicas muito distintas²⁸.

²⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., t. III, p. 594.

²⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, cit., p. 612, nota 1.

²⁸ Tanto que tem sido possível antever que “a responsabilidade civil objetiva passou a ser compreendida (e por muitos doutrinadores ainda assim é tomada) como uma mera desnaturação da responsabilidade subjetiva, da qual se faz necessário amputar uma parte para que se possa chegar à Justiça da situação concreta”. Neste discurso, parece relevar notório “o apartamento entre o ‘justo’ e o ‘bom’, que muitas vezes impregna as discussões quanto ao uso das duas formas de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva seria a expressão maior daquilo que se considera justo [...]; a responsabilidade objetiva, por sua vez, é aquele instrumento de realização do bom, do correto, diante da debilidade da vítima e da tarefa imposta a ela, muitas vezes de provas a culpa do ofensor”. Nestes

Diante disso, a grande tarefa a ser executada pela doutrina está, justamente, na ruptura desta noção de subserviência dos regimes objetivos em relação à imputação subjetiva, relegando a cada qual o seu espaço e a sua importância. E isso não merece ser feito tão só através da ampliação exacerbada das hipóteses de responsabilidade sem culpa, mas precipuamente por intermédio da adequada estruturação do seu fundamento de validade e dos seus pressupostos teóricos, relegando o remédio apenas aos casos em que, com efeito, seja eficiente para a cura da patologia decorrente da falibilidade do sistema geral para algumas situações.

Não se pretende dizer que a atual realidade pós-moderna é incompatível com a imputação baseada na culpa, representando, pois, o reconhecimento do seu fracasso. Muito antes pelo contrário²⁹. Os extremos materializados em opções axiológicas herméticas dos nexos de imputação possíveis é que tornam, não raro, doente o sistema jurídico, levando a criar verdadeiras distorções. Daí que a virtude está em reconhecer que os regimes nos quais é necessária a prova da culpa, em que a culpa é presumida ou em que a culpa é absolutamente irrelevante à imputação têm, cada qual, a sua importância e o seu valor. A tarefa está em situar cada um deles, permitindo o seu bom uso.

Outro fator a ser ponderado quando do estudo dos vínculos obrigacionais advindos da responsabilidade com ou sem culpa diz respeito aos objetivos que hoje se busca com o instituto. Consoante doutrina clássica, o fim da imputação civil é “tornar o lesado *indemne* dos prejuízos ou danos, *restituindo a situação* que existiria se não tivesse verificado o vento causador deste”³⁰. Mas não só.

O amplo reconhecimento da indenizabilidade dos danos de ordem pessoal cuja patrimonialidade da reparação nem sempre basta a restituir o lesado ao seu *status quo ante* passou a exigir da responsabilidade civil, em muitos casos, algo mais do que o simples ressarcimento. Ora, se os prejuízos extrapatrimoniais são, em si,

exatos termos, AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade Civil**. A culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas 2011, p. 26.

²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 364, fev. 2008, p. 49.

³⁰ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 7ed. Coimbra: Coimbra, 2010, reimpressão, p. 208.

irreparáveis, podendo apenas ser compensados, mostra-se mais prudente buscar a sua não ocorrência, relegando-se a indenização aos casos em que isso não seja possível.

Daí que, neste contexto, passa a responsabilidade civil a adquirir um inegável mister preventivo tendente a evitar não propriamente comportamentos indesejáveis, mas, mais do que isso, a coibir a produção de danos que efetivamente possam ser evitados a partir de um comportamento racional.

Em verdade, a adoção de um regime geral de responsabilidade fundado na culpa já era, de algum modo, hábil a induzir certo grau de prevenção de danos, diante da possibilidade de o agente vir a ser chamado a responder pelo seu agir. Aliás, como já referido em momento anterior, era primado elementar do pensamento voluntarista subjacente à regulação da responsabilidade civil nos Códigos oitocentistas a crença de que, sendo livre, o sujeito deveria responder pelos danos que causasse a terceiro. Assim, diante da possibilidade de ser obrigado a indenizar, induzia-se no agente a prevenção por intermédio do desincentivo à prática de condutas ilícitas e, bem assim, potencialmente danosas, desde que a ameaça de imputação fosse perfeita.

Ocorre que a constatação da grande falibilidade dos sistemas judiciais, aliada ao incremento da complexidade social que está na base da superação da culpa enquanto fundamento único do dever de indenizar, também trouxe consigo a percepção de que a forma como as relações interpessoais eram estabelecidas e o modo como as suas consequências jurídicas eram buscadas não mais se processava de modo tão simples como outrora, suficiente o bastante a, em todos os casos, induzir a prevenção de danos.

A massificação das relações interpessoais, a complexidade das organizações sociais e a múltipla divisão das fases produtivas permitiram fosse verificada uma série de danos que, apesar de todos os esforços jurídicos, não podiam ser imputados especificamente à culpa de ninguém³¹. Até mesmo porque as condutas das quais provinham ditos danos sequer, no mais das vezes, podiam ser consideradas ilícitas, ao menos na acepção tradicional do conceito jurídico em causa; quiçá, com frequência, eram condutas aceitas e socialmente úteis, não obstante a sua

³¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil...**, cit., p. 29.

potencialidade lesiva, de modo que o desvalor não poderia estar a elas associado, mas sim ao dano que delas provinha.

Desta forma, para fins de prevenção, foi possível verificar que não bastava somente o desestímulo de determinadas condutas, sendo necessárias, mais do que isso, providências centradas na mitigação da ocorrência de danos. E este objetivo poderia ser alcançado por intermédio da possibilidade de o agente vir a indenizar independentemente da verificação da sua culpa, como ocorre nos regimes de responsabilidade objetiva, reduzindo-se, com isso, a margem de falibilidade do sistema que contribui sobremaneira à insuficiência da imputação subjetiva para fins de prevenção de alguns danos³².

Contudo, ao passo em que a possibilidade do surgimento do vínculo obrigacional ressarcitório sem exigência da culpa induz no agente a adoção das cautelas ao seu alcance para a prevenção de danos (muitas vezes até em demasia), também pode retirar da potencial vítima os naturais incentivos à sua própria precaução, seja quanto à ocorrência do prejuízo em si, seja quanto à potencialização dos seus efeitos, pois ela sabe que será reparada pelo simples fato de haver nexos causal entre o dano por ela suportado e a conduta do agente, tudo em decorrência da expressa determinação neste sentido contida na ordem jurídica vigente³³.

Daí que a simples amputação dos pressupostos de ordem normativa exigidos para o dever de indenizar lastreado na culpa e materializados no delito pode, por vezes, mostrar-se insuficiente a equalizar o paradoxo³⁴ inerente à indenização fundada em regimes de responsabilidade objetiva. A solução para essas dificuldades

³² Neste particular, está-se de acordo com MONTEIRO, António Pinto. **A responsabilidade civil no direito contemporâneo**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (org.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 325, quando afirma que “[a] responsabilidade civil será sempre um instituto destinado predominantemente à *reparação de danos* – por isso actua através da obrigação de *indemnização*; pressupõe o prejuízo – é por isso um instituto que visa *ressarcir* o lesado”. Tal, contudo, não significa negar a sua importância, mesmo que reflexa, em outras searas cuja intensidade será maior ou menor a depender dos regimes em causa, dos danos a que diga respeito e da própria relevância que cada sistema jurídico lhe confere.

³³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 868.

³⁴ Em verdade, o paradoxo referido no presente item é apenas uma parcela da construção existente acerca dos efeitos indesejados que podem advir da cumulação dos objetivos reparatórios e preventivos verificados no vínculo obrigacional advindo da responsabilidade civil. A respeito, ver ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica...**, cit., pp. 902-908.

aparenta residir na agregação de um elemento de desvalor de cunho normativo ao dano objeto do dever de indenizar, com noção um tanto quanto próxima da ilicitude que justifica a responsabilidade fundada no delito, mas que se projeta sobre a conduta.

Dito elemento, assim, faria as vezes, a partir de um juízo valorativo, de identificador dos prejuízos que merecem a tutela do direito por intermédio da obrigação fundada na responsabilidade civil objetiva.

A doutrina italiana³⁵, a partir das disposições do Código Civil de 1942 e por meio da construção do conceito de *dano injusto*, parece ter construído algo neste sentido, mesmo que com uma dimensão aparentemente interdependente da noção de ilicitude (mesmo que em parte). O certo é que ao deslocamento do desvalor – consubstanciado na contrariedade ao direito – da conduta para o dano empresta à qualificação de *injusto* o protagonismo da eleição dos prejuízos que serão justificadores do surgimento de um dever indenizatório.

Em outras palavras, a compreensão da ausência de sinonímia entre *ato ilícito* e *dano ilícito* – não obstante a contraposição de abalizado entendimento doutrinário³⁶ e as ainda tenras construções de cunho dogmático tecidas a respeito - permite dissociar o dano injusto do comportamento culposos³⁷ e, bem assim, antever

³⁵ VISINTINI, Giovana. **Trattato Breve della Responsabilità Civile**. Milano: CEDAM, 1996, p. 349, fala expressamente da ilicitude “applicata al danno e non al fatto”. E prossegue a autora, p. 350, justificando a sua afirmação no fato de que “[s]olo quando si comincia ad essere consapevoli del fatto che la colpa non integra l’unico criterio ad imputazione della responsabilità e si viene acreditando la teoria della responsabilità oggettiva e nel contempo si scorporano le clausole generali e il ruolo creativo dei giudici, ci si accorge del significato della nozione legislativa di danno ingiusto e del fatto che la selezione degli interessi meritevoli di tutela aquiliana era stata affidata, consapevolmente, dal legislatore del 1942 ai giudici con la innovazione legislativa qui descritta, e non rinviata ad altre norme nei confronti delle quali l’art. 2043 avrebbe dovuto assumere un ruolo subalterno”.

³⁶ Segundo a doutrina tradicional, a ilicitude é juízo de valor que deve incidir sobre a conduta geradora da lesão e não sobre o dano em si, isso em razão da alegada preponderância, em direito civil, por nítida inspiração finalista, da teoria do desvalor do fato em detrimento da teoria do desvalor do resultado. Neste sentido, dentre outros, LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**, cit., p. 291; e MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedida, 1989, pp. 301-303. Daí que, segundo dito entendimento, a noção de contrariedade ao direito revela-se não em relação ao dano, conforme poderia preconizar uma teoria de inspiração causal, mas relativamente à sua conduta geradora, fazendo com que o acento tônico da regulação passe daquele para esta, na medida em que “a *ilicitude* reporta-se ao *facto* do agente, à sua *actuação*, não ao *efeito* (danoso) que dele promana”. Assim, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 523.

³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade Civil...**, cit., pp. 34 e 45.

naquele o pressuposto de cunho normativo carecido pela responsabilidade civil objetiva para fins de demarcação dos prejuízos que serão objeto do vínculo obrigacional dela decorrente.

É neste universo de hipóteses que se insere a investigação ora proposta.

§ 2º OBJETIVOS E MÉTODO DA INVESTIGAÇÃO

O debate sobre a construção de uma teoria uniforme e autônoma para a responsabilidade civil objetiva – por meio do exame do(s) seu(s) fundamento(s) de legitimidade e da ressystematização unitária do seu conteúdo dogmático –, é o que permitirá a efetiva identificação de um elemento seguro de demarcação, num universo cada vez mais rico de danos que batem à porta da ciência jurídica na busca de reparação, daqueles que legitimamente merecem subsidiar um dever indenizatório. Pretende-se, com isso, contrabalancear virtudes e vicissitudes de um instituto que, não obstante de certo modo antigo (as suas primeiras ocorrências, já numa feição moderna, contam com mais de um século), ainda está a carecer de uma atenção mais detida por parte da investigação científica.

Ora, se a responsabilidade civil é vínculo obrigacional consubstanciado no dever de indenizar, o qual se constitui na possibilidade de transferência de um prejuízo verificado em determinado universo jurídico a terceiro, encontra o seu fundamento de validade na lei e não na vontade das partes; é, pois – independentemente do regime de imputação adotado – exceção, somente se justificando nas estritas hipóteses em que presentes todos os pressupostos estabelecidos para tanto.

Ocorre que, sem prejuízo da sua, em tese, excepcionalidade, o incremento da complexidade social, que induz na multiplicação dos fatores de geração de danos, e a compreensão da impossibilidade de ausência de reparação para uma série de prejuízos têm induzido no crescente aumento das situações justificadoras do dever de indenizar. Tal é o que se verifica com a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva verificada com destaque a partir do início do século XX e sobremaneira incrementada nas suas últimas décadas, fazendo com que o reconhecimento de situações de imputação de danos sem culpa tenha representado uma necessidade de migração do fundamento da responsabilidade civil.

Neste cenário, compreender a relevância da responsabilidade civil objetiva, mas também as suas vicissitudes, bem como analisar as situações em que os pressupostos elencados pela doutrina tradicional (dano, conduta e nexo causal) aparentam não bastar a legitimar um dever indenizatório é tarefa relevante para fins de permitir a construção de uma teoria com conteúdo dogmático unitário, a par da fragmentariedade legislativa do instituto.

Em tal contexto é que se insere a investigação que ora se propõe, a qual se voltará a analisar, diante da compreensão do modo como evolui não apenas a própria noção jurídica de responsabilidade, mas também o seu fundamento de validade (seja da responsabilidade civil em geral, seja da responsabilidade civil objetiva em particular), os pressupostos imprescindíveis a legitimar uma imputação de danos com dispensa de verificação da culpa, de modo a equacionar a necessidade de ampla reparação com a inconveniência da criação de situações de hiper-responsabilidade. Será tratada, portanto, apenas a responsabilidade civil extranegocial ou aquiliana, não sendo objeto da investigação qualquer vínculo obrigacional indenizatório decorrente de um inadimplemento contratual.

E tal se justifica diante da antes mencionada ampliação crescente da aceitação legislativa da responsabilidade civil objetiva não negocial que, por vezes, parece estar a exigir um elemento normativo que funcione como uma espécie de *filtro*, ao mesmo tempo justificador do surgimento do vínculo obrigacional e limitador dos excessos decorrentes da ampliação indevida da reparabilidade.

O objeto da investigação, assim, centra-se no exame da estrutura analítica do instituto, por meio de uma proposta de sistematização da sua noção jurídica (e do seu papel no regime geral de responsabilidade civil), do(s) seu(s) fundamento(s) unitário(s) e dos elementos essenciais ao surgimento do dever de indenizar nas situações em que a lei dispensa a verificação culpa, nomeadamente diante da necessidade de legitimação do vínculo obrigacional nestas situações.

Em outras palavras, é objeto central da pesquisa analisar, à vista da noção hodierna de responsabilidade civil e da compreensão do fundamento da responsabilidade objetiva em especial, a suficiência dos seus pressupostos usualmente

referidos pela doutrina tradicional (dano, conduta e nexo causal), bem como a necessidade de, em muitas situações criadas pela ampliação crescente das hipóteses do seu cabimento, cumular-se aos demais um elemento legitimador de ordem normativa que funcione como um filtro de contenção dos excessos reparatórios e, por conseguinte, da indevida banalização do instituto.

Para tanto, dever-se-á bem compreender os pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente diante da realidade que os forjou, ponderando se a construção de uma dogmática evidentemente fragmentária como a da responsabilidade objetiva não está a carecer de um elemento legitimador unitário, em especial diante da sua ampliação não raro comprometedora do seu até então fundamento único, qual seja, o risco.

O ponto central da investigação reside em verificar, a partir do exame da estrutura dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva, a suficiência do trinômio dano-conduta-nexo causal para fins de surgimento do vínculo obrigacional. Daí a necessidade de compreender adequadamente cada um dos referidos pressupostos, bem como de examinar outros que poderiam ser julgados dispensáveis nestas situações – como é o caso da ilicitude, *v.g.* –, verificando, ao final, a (ir)relevância e a (in)suficiência de cada um deles, isolada e cumulativamente.

Tal deverá ser feito a partir de um exame consistente do fundamento de legitimação da responsabilidade civil em geral e da responsabilidade civil objetiva em particular, nomeadamente diante do conteúdo que cada um dos aludidos pressupostos assume em uma realidade social complexa muito diversa daquela que ensejou a sua cristalização nos Códigos Civis. Tudo com o objetivo de se verificar, em razão da ampliação crescente das situações de imputação sem culpa, a necessidade, ou não, de um filtro legitimador de cunho normativo do dever de indenizar nestas situações capaz de unificar as suas várias *fattispecie* em um regime geral unitário.

Tendo em conta a formulação do problema posto e a forma como se apresenta, algumas questões devem ser respondidas, dentre elas a existência de uma dogmática unitária da responsabilidade civil objetiva, mesmo diante da sua fragmentariedade normativa, e a suficiência ao surgimento do dever de indenizar, nas

hipóteses em que a lei autoriza a dispensa da verificação da culpa, da ocorrência de um dano e de um nexo de causalidade entre elas, somada a uma previsão legal neste sentido.

Ou, dito de outro modo, importa responder aos questionamentos relativos à exigência, ou não, por parte da responsabilidade civil objetiva, de um pressuposto de ordem normativa que legitime o respectivo dever de reparar – função esta que, na imputação subjetiva, vai desempenhada pelo conceito de ato ilícito (antijurídico e culposo/doloso) – e que, por isso, funcione como uma espécie de filtro de seleção dos danos merecedores de tutela jurídica³⁸.

O método escolhido para tanto será o analítico, desenvolvendo-se por meio do exame e da ponderação da noção jurídica, do fundamento e da estrutura da responsabilidade civil objetiva nas suas várias manifestações, o que será feito por meio do recurso ao direito comparado³⁹, tendo por referência os sistemas jurídicos italiano, português e brasileiro⁴⁰. O procedimento indutivo, portanto, merece viva atenção, porquanto preferível tanto sob o prisma da metodologia comparatista, quanto sob a ótica da pesquisa finalizada⁴¹.

E, neste particular, algumas considerações merecem ser postas.

³⁸ Este problema pode ser concretizado através de questionamento assim posto: a responsabilidade civil objetiva, para ser legítima e se operacionalizar de modo adequado, exige a verificação de um elemento normativo (possivelmente associado ao desvalor do dano) e que, com isso, justifique a imputação, ou, para este fim, é suficiente a previsão legislativa abstrata de dispensa da culpa por meio do tipo que a preveja?

³⁹ Consinta-se aqui tangenciar o profundo debate acerca da natureza do direito comparado, se técnica ou método. Sobre o tema, ver STANZIONE, Paquale. **Introduzione**. In: ANCEL, Marc. *Utilità e metodi del diritto comparato. Elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*. Trad. Pasquale Stanzone e Gabriella Autorino. Napoli: Jovene, 1973, p. XII.

⁴⁰ Neste particular, a investigação tem um claro corte de cognição, restringindo-se, modo geral, aos três sistemas referidos. A bibliografia de referência, por isso, será predominantemente aquela produzida na Itália, em Portugal e no Brasil. Desde logo fica a ressalva de que a pesquisa não usará como recurso as doutrinas alemã e francesa, salvo de modo bastante pontual, seja em razão do referido corte cognitivo, seja em razão da falta de compreensão das línguas respectivas. No que toca à bibliografia em língua inglesa, será utilizada apenas quando diga respeito aos esforços de uniformização/unificação do direito privado europeu, considerando as profundas dissonâncias do tema sob análise nos sistemas jurídicos da *Common Law*, o que escapa ao objetivo comparatísticos proposto. Por fim, também não será tida em consideração, salvo referências pontuais, a doutrina penal, justamente em razão da tentativa de, por meio da sistematização proposta, romper-se com o paradigma delitual/retributivo que lhe é ínsito, até mesmo em razão da compreensível natureza da imputação respectiva.

⁴¹ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Premesse per una ricerca comparatistica sui sistemi di responsabilità civile**. In: AUTORINO, Gabriella (a cura di). *Le 'responsabilità speciali': modelli italiani e stranieri*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 295.

Primeiramente, deve-se partir da premissa de que todo ordenamento jurídico é uma unidade, de modo que a comparação não pode partir da justaposição de informações acerca do direito estrangeiro ou da tentativa de transposição de soluções prontas. O foco da investigação, nesta linha, será a microcomparação, tendente a apresentar elementos que confirmem unidade à responsabilidade civil objetiva e a compartilhar soluções normativas que sejam úteis à estruturação de um pretense regime geral para o instituto, o que deverá atentar às questões sociais que lhe estão subjacentes, à afinidade entre as hipóteses normativas apresentadas e as suas soluções, bem como à unidade das estruturas dogmáticas respectivas⁴².

Para este fim, não se pode perder de vista que a comparação apenas se apresentará efetiva quando o seu operador for capaz de compreender que a construção e a aplicação de um dado instituto em cada um dos sistemas sob exame – no caso específico, a responsabilidade civil objetiva – é fruto de um produto jurídico-cultural. Deste modo, somente se viabiliza algum resultado na procura de soluções adequadas quando o comparatista despe-se dos seus conceitos e do seu modo de pensar, percebendo que a diversidade histórica e sociocultural de cada sistema não pode ser desconsiderada⁴³.

Cumprе assinalar que não obstante o estudo não seja exclusivamente de direito comparado – porquanto segue diretrizes caras à dogmática do direito civil e busca responder questionamento cujo âmago está na sua dogmática, sendo, portanto, também de direito comparado –, observa na sua estrutura, tanto quanto conveniente e possível ao intento a ser perseguido⁴⁴, o modelo dúplice baseado no estabelecimento de diferenças e de semelhanças entre as categorias jurídicas que

⁴² ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 13.

⁴³ A propósito, uma vez mais é oportuno recorrer às palavras de STANZIONE, Paquale. **Introduzione**, cit., p. XV, para quem o jurista somente se converte em genuíno comparatista quando “si abbandonano le proprie categorie e ci s’immerge in modi di pensare diversi ed opposti, allorquando si comprende la relatività storica del proprio diritto”.

⁴⁴ Neste particular, deve-se atentar para a multiplicidade de hipóteses nem sempre comparáveis e enquadráveis segundo esquemas comuns, de diferença entre os êxitos, de eficiência variável; assim, ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Premesse per una ricerca comparatistica...**, cit., p. 292.

formam o instituo sob exame nas ordens jurídicas eleitas e, mais do que isso, na apresentação de uma síntese comparativa útil à solução de problemas comuns⁴⁵.

Para tanto, contudo, não se pode perder de vista a realidade em que se insere a presente investigação. Ou seja, enquanto o direito comparado na sua feição moderna tinha por objetivo precípuo encontrar os pontos comuns (*das Gemeisame*) entre os sistemas sob comparação, a sua feição assim dita pós-moderna exige a identificação das diferenças (*die Unterschiede*), dos pontos de divisão (*das Trennende*)⁴⁶ decorrentes da exata diversidade das vivências jurídicas, com a aferição daquilo que pode ser útil ao processo comparativo de construção dos institutos.

Dito de outro modo, não há dúvidas de que, numa realidade pós-moderna, as divergências precisam ser consideradas, mas, para tanto, também precisam ser atentamente observadas, tudo com o propósito de que seja possível identificar se uma eventual superioridade concernente à individualização de soluções jurídicas mais eficientes⁴⁷ decorre de um contexto que as justifique (social, cultural, econômico ou antropológico) ou de um subdesenvolvimento próprio do momento vivido em cada sistema. Tanto por isso que são comparáveis os institutos que, ao desempenharem funções equivalentes, concorram à solução de problemas jurídicos por intermédio de instrumentos normativos de natureza correspondente⁴⁸.

⁴⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução...**, cit., p. 14; fala-se, por isso, em observação e síntese comparativas.

⁴⁶ JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado**. Trad. Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 88, v. 759, jan. 1999, p. 25. O autor prossegue, ainda, afirmando que enquanto o direito comparado moderno tinha por objetivo descrever os elementos constantes das normas jurídicas – e por isso considerados acima do tempo e do espaço –, o direito comparado pós-moderno atém-se ao passageiro (*dem Flüchtigen*). Não obstante mereçam atenção as ponderações postas, não apenas pela sua autoridade, mas pela imprescindibilidade de que as reflexões sobre a comparação sejam contextualizadas no tempo e atentas às suas necessidades hodiernas, parece que a constância e a unidade ainda permanecem merecedoras de relevância, especialmente quando se objetiva apresentar uma proposta de uniformização de um instituto, por intermédio da pretensa sistematização de uma teoria geral da responsabilidade civil objetiva tendo em conta a conciliação entre soluções eficientes encontradas nas distintas experiências jurídicas sob análise.

⁴⁷ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Premesse per una ricerca comparatistica...**, cit., p. 293. Por isso é que, para a estruturação de uma proposição comparatista eficiente, devem ser confrontadas as múltiplas soluções, interrogando-se sobre a racionalidade das várias diversidades.

⁴⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução...**, cit., p. 27; ainda neste sentido, referem textualmente os autores, “[c]omparáveis são os institutos jurídicos que, em diversos sistemas e com soluções eventualmente diversas, dão respostas jurídicas a necessidades semelhantes, resolvem o mesmo problema da vida, isto é, o mesmo problema social, político, econômico ou crimonológico”.

Desta feita, sendo possível identificar que uma dada solução, a par de mais eficiente e adequada ao enfrentamento de problemas gerais, ainda não pode ser tida como um traço comum (assim entendido como generalizado a todas as experiências sob exame), tal não significa dizer que não possa ser tomada como produto a ser incluído em uma proposta de síntese comparativa, porquanto é na diversidade de visões que se pode construir experiências úteis. Neste exato ponto é que se propõe a considerar a visão pós-moderna do direito comparado antes referida.

No que tange ao objeto do estudo, tendo em vista a experiência ainda dispersa dos ordenamentos jurídicos acerca do tema, é se assinalar a falta de uma sistematização geral, fazendo com que a adequada estruturação dos seus termos a partir da disciplina da imputação delitual e, por conseguinte, a harmonização das soluções encontre-se, em larga medida, ainda incompleta⁴⁹. A já tantas vezes referida fragmentariedade das diversas situações de imputação objetiva contribuiu a uma ausência de ideia de conjunto, a qual se pretende suplantar por meio da estruturação que, após percurso analítico que se está a apresentar, deseja-se propor.

Para este fim, a investigação estará dividida em quatro grandes partes, com dois parágrafos cada uma. A ideia é, na primeira delas, tratar da evolução da noção jurídica de responsabilidade, partindo da sua gênese até os seus termos atuais, com vista a contextualizar o papel da imputação objetiva na resignificação do instituto; na segunda, abordar o fundamento de legitimidade da responsabilidade civil objetiva, especialmente tendo em conta o papel do risco e a sua (in)suficiência para justificar a imputação nas mais variadas *fattispecie* e a necessidade de um princípio uniforme que dê ideia de conjunto à teoria geral que se visa a propor; na terceira, analisar os pressupostos imprescindíveis ao surgimento do vínculo obrigacional indenizatório a partir das hipóteses legais que o facultam, especialmente tendo em conta uma possível inadequação dos seus termos, tais quais talhados à luz do regime da culpa; e, na quarta, apresentar, em sendo possível, a estrutura delineada para uma teoria geral da responsabilidade civil objetiva, a partir dos seus elementos comuns e mesmo à vista

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 595-596.

da sua inquestionável fragmentariedade, viabilizando uma hipótese de reconstrução sistemática da sua disciplina.

Diante destas considerações, forçoso concluir que o caminho está traçado. Basta iniciar a sua trilha.

CAPÍTULO I

AS PLÚRIMAS ACEPÇÕES DA IDEIA DE RESPONSABILIDADE

PANORAMA DE UMA CONSTRUÇÃO CONCEITUAL

“A polissemia do termo *responsável* é o resultado de sua evolução”

Michel Villey

Em uma acepção geral, *ser responsável* guarda relação com a ideia de suportar determinadas consequências, normalmente em razão de um agir omissivo ou comissivo próprio ou de terceiro. Nesta linha é que a designação *responsabilidade* vem associada à possibilidade de se imputar a alguém um determinado ônus com origem variada, tudo de acordo com o fundamento da natureza da imputação, indo desde uma mera reprovação ética ou social até uma privação de liberdade⁵⁰.

A responsabilidade civil enquanto possibilidade de imputação de danos a pessoa diversa da que o sofreu tem o seu desenvolvimento enquanto fruto da tradição jurídica ou dos elementos de direito constituído⁵¹, próprios, portanto, de cada tempo, fazendo com que o exame de um dado questionamento que lhe é posto a partir de ambos os enfoques seja crucial para êxito na resposta a ser obtida. Isso porque, por vezes, a descontextualização de uma série de situações pode levar a aparentes

⁵⁰ MONTEIRO, António Pinto. **A Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (org.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 321.

⁵¹ FRADA, Manuel Carneiro da. **Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997, p. 16.

contradições ou equívocos internos do sistema, de modo que bem compreender as bases nas quais estão centradas determinadas opções jurídicas que hoje são assentes – mas que, talvez, nem sempre o tenham sido – é de vital relevo a uma sistematização adequada de qualquer dos seus institutos.

O exame a partir destes dois prismas é ao que se propõe a parte inicial da presente investigação, voltada, por isso, a compreender a plenitude do fenômeno jurídico da imputação objetiva de danos – inclusive o que lhe é precedente e, por isso, encontra-se radicado na sua essência, em maior ou menor grau – e, após situá-lo neste cenário, passar a tratar dos seus fundamentos e dos seus desafios.

§ 1º OS ALICERCES HISTÓRICOS DA IDEIA DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil não existia no direito antigo com a sua atual conformação jurídica, sequer havendo, no latim, vocábulo que, com precisão, exprima o termo responsabilidade. Daí ser necessário, para designá-la, lançar mão de “perífrases explicativas” ou significados parcelares⁵². A expressão *responsabilidade* somente surge no vernáculo no início do século XIX, sendo lícito afirmar, do mesmo modo, que a sua história é tão tardia quanto a sua designação⁵³, pois também iniciada, com as feições que tem hoje, apenas no mesmo período, com as grandes codificações⁵⁴.

Em matéria de responsabilidade (ainda sem distinção entre as searas civil e criminal), os direitos antigos, com exceção do romano, foram dominados pela vingança privada, que poderia propiciar não apenas um agir desproporcional do lesado em relação ao lesante, mas também, por vezes, uma completa ausência de reparação, tudo a depender das condições (de força) de cada um dos envolvidos. É certo que o desforço físico apresenta-se como regra, sendo a posterior adoção dos preceitos de talião um dos primeiros germes de proporcionalidade, na medida em que induzia uma relação de similitude entre a desforra e a agressão anteriormente sofrida, não obstante a dureza das suas penas. Dado o seu caráter rudimentar, conducente à sua pouca influência na formação da noção hodierna de responsabilidade, parece pouco importar à investigação, não obstante seja justa a referência⁵⁵.

⁵² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Direito das Obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, t. III, p. 291.

⁵³ Segundo GILSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 6ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 750, a noção moderna de responsabilidade tem a sua construção iniciada a partir do século XVI, concluindo-se no início do século XIX, com as codificações, tendo por base uma interpretação extensiva da *Lex Aquilia* romana.

⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 291 e 319.

⁵⁵ Apenas por apreço à referência, é de se destacar que mesmo a experiência grega pouco contribuiu de modo direto à formação do direito privado moderno e, por conseguinte, da responsabilidade civil, pois sequer soube exprimir as suas regras jurídicas reguladoras da vida privada em formulações abstratas, havendo, por isso, poucas leis e obras jurídicas. A este respeito, GILSEN, John. **Introdução...**, cit., p. 77.

1 O direito romano e a sua concepção de responsabilidade

Já no direito romano é possível encontrar figuras de relevância à sedimentação da ideia de responsabilidade, sendo oportuno o exame das fontes das suas obrigações não negociais a fim de traçar um panorama da sua jornada evolutiva na referida gênese e compreender o seu atual alcance. Até mesmo porque, consoante largamente reconhecido, nele se encontra a *Lex Aquilia*, diploma até hoje largamente citado em matéria de responsabilidade civil extraobrigacional – o que, por si só, já justificaria alguma referência – e utilizado mesmo para dar um dos usuais nomes da disciplina (responsabilidade aquiliana enquanto sinônimo de responsabilidade extracontratual).

Em linhas gerais, é possível afirmar já de antemão, independentemente dos diversos desenvolvimentos que se seguirão, que o conceito de *obligatio* adveio da penhora negocial de pessoa ou coisa, estendendo-se, após, à imputação de danos decorrentes dos delitos; em outras palavras, é possível antever uma aparente acessoriedade do regime *ex delicto* em relação ao *ex contractu*, o que implicou numa adaptação dos preceitos concernentes a este para fins de atendimento das necessidades advindas daquele⁵⁶.

⁵⁶ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 282. Em sentido aparentemente diverso, PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **O direito das obrigações em Roma**. Lisboa: AAFDL, 1997, v. I, pp. 30-32, para quem é possível antever uma ligação mais forte e estreita entre o desenvolvimento do conceito de obrigação e a imputação *ex delicto*, residindo o germe daquela no ajuste para evitar a *vindicta* decorrente dos delitos; ainda segundo o autor, contudo, não faz sentido ao debate sobre o surgimento da obrigação perquirir se os primeiros vínculos foram *ex delicto* ou *ex contractu*, pois o que interessa é que a sua origem está no acordo de vontades que dá ensejo ao surgimento da *obligatio*, seja em razão dos pactos, seja em decorrência do acordo combinado para por fim ao direito de vingança de que goza o lesado. De qualquer modo, a extensão do regime geral das obrigações à solução da controvérsia advinda dos danos extracontratuais apresenta-se realmente um tanto artificial, a justificar aparentemente, assim, as primeiras ponderações antes aludidas.

1.1 O direito pré-clássico

A origem da responsabilidade civil no direito romano – ou melhor, do germe que subsidiará a formação moderna do instituto – é bastante própria e distinta das obrigações negociais, tendo a sua centelha na vingança coletiva⁵⁷, tal qual ocorre, como antes referido, com os demais direitos antigos. Isso porque os danos verificados na estrutura interna do clã eram resolvidos pela autoridade do *pater*, carecendo de solução aqueles que se verificassem numa esfera externa, a envolver indivíduos pertencentes a clãs diversos; daí que, nestas situações, a alternativa era o desforço por parte da comunidade lesada em relação àquela a que pertencia o membro perpetrador da ofensa⁵⁸, tudo num aparente nível coletivo de rudimento de responsabilidade.

O sistema de imputação e de desforço coletivos é nomeadamente um sistema primitivo que evolui por meio da individualização da responsabilidade e do abandono das alternativas violentas, avançando no direito romano – mesmo que ainda de modo parcial – com a consagração da entrega noxal pura e, mais além, da ação noxal⁵⁹. Em outras palavras, com estes instrumentos o clã atingido tinha direito não mais à vingança coletiva, mas à própria entrega liberatória do ofensor⁶⁰, nascendo, assim, para o lesado, um direito de apreensão do corpo do lesante, um direito de domínio esgotável na execução da vingança por meio da desforra exequível por arbítrio e desforço próprios⁶¹.

⁵⁷ PUGLIATTI, Salvatore. **Dei delitti in generale**. In: AAVV. Enciclopedia del Diritto. Milano, Giuffrè, 1964, v. XII, p. 1. Segundo o autor, em verdade, a resposta ao ilícito evolui desde a vingança privada, passando pelo talião, até a composição pecuniária, sendo a transição da segunda para a terceira fase passível de ser encontrada já na Lei das XII Tábuas.

⁵⁸ RAMOS, J. Arias; BONET, J. A. Arias. **Derecho Romano**. Obligaciones. Familia. Sucesiones. 18ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1995, p. 679.

⁵⁹ Segundo GUARINO, Antonio. **Compendio de Derecho Privado Romano**. 3ed. Trad. Francisco de Pelsmaeker. Cadiz: Escelicer, 1955, p. 281, a noxalidade implicava que os atos ilícitos cometidos por um servo ou por um integrante de determinado clã eram da responsabilidade do *paterfamilias*, salvo se entregasse ao lesado o responsável direto pelo prejuízo (*noxae deditio*). É bem verdade que a possibilidade de entrega pessoal de alguém como forma de ajuste por um dano causado ainda é uma solução rudimentar; todavia, representa já a individualização da conduta do responsável em relação ao seu grupo, o que não se pode deixar de ter como um avanço.

⁶⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 292-293.

⁶¹ KASER, Max. **Direito Privado Romano**, cit., p. 192.

Em verdade, a regulação estatal da *vindicta* foi que, na evolução do direito romano, permitiu a introdução dos *delicta* como fonte das obrigações, alcançando-se ao lesado uma *actio* e se impondo ao lesante a *obligatio* de pagar uma quantia em dinheiro com evidente natureza sancionatória (*poena*).

Neste particular, a responsabilidade pessoal viria a ser substituída pelas compensações pecuniárias por intermédio das penas privadas⁶² que, ainda assim, têm duas fases evolutivas: uma primeira, envolvendo apenas lesante e lesado por meio da composição voluntária, em que o ofendido renuncia à vingança em troca de uma compensação econômica⁶³; uma segunda, materializada na composição legal, com o ajuste forçado entre lesado e lesante (*obligatio*⁶⁴) por meio de quantias fixadas com intervenção estatal⁶⁵.

Exatamente por isso é que não obstante aos romanos fossem estranhos o conceito geral de indenização de prejuízos ou o dever geral de indenizar, conhecendo-os apenas em situações específicas⁶⁶, a compreensão do germe da responsabilidade civil extraível do direito romano demanda conhecer a forma como se dera a regulação de uma série de condutas vedadas pelo direito por meio dos *delicta*, definidos justamente como “o acto ilícito sancionado com uma pena”⁶⁷.

Há no direito romano uma separação entre duas classes de delitos, os públicos (*crimina*) e os privados (*delicta*)⁶⁸, o que somente virá a ser superado em

⁶² É de se destacar que esta transição, não obstante seja bastante evidente já na Lei das XII Tábuas, não foi absoluta. Isso porque, ainda neste diploma, era possível verificar situações excepcionais em que se verificava a persistência da dureza do direito primitivo, admitindo-se, por isso, até o direito de matar, sem possibilidade de remissão. Assim, KASER, Max. **Direito Privado...**, cit., p. 193.

⁶³ D'ORS, J. A. **Derecho Romano Privado**. 8ed. Pamplona: Univeridad de Navarra, 1991, p. 416.

⁶⁴ A designação provém do latim, de *ob-ligado*, ou seja, “ligado em razão de” (no caso, do cumprimento de uma prestação), tendo, portanto, conteúdo genérico, sem associação direta com a ideia de responsabilidade. A propósito, SCHIPANI, Sandro. **Releer los Digesta de Justiniano para un Código de las Obligaciones Latinoamericano**. Trad. Javier Humberto Facco. Roma e America - Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina. Roma, n. 26, 2008, p. 58. Em outras palavras, a *obligatio* foi tão somente o meio jurídico empregado para se obter uma finalidade, no caso, a satisfação de uma *poena* em razão de um *delictum*.

⁶⁵ RAMOS, J. Arias; BONET, J. A. Arias. **Derecho Romano**, cit., p. 679. Esta fase é que passa verdadeiramente, sob o enfoque da ciência jurídica, a interessar como marco de evolução da construção da futura ideia de responsabilidade civil.

⁶⁶ KASER, Max. **Direito Privado...**, cit., p. 209.

⁶⁷ JUSTO, A. Santos. **Breviário de Direito Privado Romano**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 207.

⁶⁸ TORRENT, Armando. **Manual de Derecho Privado Romano**. Zaragoza: Libreria General, 1995, p. 495. Segundo D'ORS, J. A. **Derecho Romano Privado**, cit., p. 415, esta distinção terminológica não é muito

Justiniano⁶⁹. Aqueles, em função da sua relevância para o grupo, recebiam uma resposta dos próprios órgãos estatais por meio de penas corporais ou, quando pecuniárias, revertidas não em proveito da vítima, mas do Estado, nos moldes do que ocorre hoje no direito penal. Estes, os privados, sem qualquer natureza coletiva ou de ofensa ao grupo, davam ao lesado uma *actio* que lhe permitia obter do lesante uma pena pecuniária em seu benefício⁷⁰ através de um processo de natureza civil⁷¹. Em ambos os casos, contudo, a consequência era sempre a imposição de uma pena – com conotação expiatória – não obstante a natureza privada da pretensão decorrente da prática dos *delicta*.

Ou seja, mesmo ambas as figuras trazendo ínsitas em si uma natureza punitiva, a evolução dos delitos privados, pela sua inter-relação com a temática que, depois, será relegada à responsabilidade civil, parece mais interessar como germe do real objeto da investigação em curso.

Diante deste cenário, é possível verificar na Lei das XII Tábuas um embrião donde derivará o longo processo de construção da noção de responsabilidade, o que se fez, naquele momento histórico, por meio da materialização dos malefícios⁷². Trata-se de figuras de natureza penal marcadas pela tipicidade, mas já com elementos de proporcionalidade (recurso ao talião) e com a presença da composição pecuniária como alternativa⁷³, em nítida evolução à concepção anterior de generalizada vingança privada. Eram vários os delitos existentes, nomeadamente nas Tábuas VIII e IX, sendo,

rigorosa; todavia, certo é que, pela sua evidente diversidade, há uma diferenciação entre os crimes de natureza pública daqueles relegados à atuação do particular, aqui designados por *delictas*, de maior importância ao objeto do estudo.

⁶⁹ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **O direito das obrigações...**, cit., p. 33.

⁷⁰ RAMOS, J. Arias; BONET, J. A. Arias. **Derecho Romano**, cit., p. 678-679.

⁷¹ TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 495.

⁷² Conforme D'ORS, J. A. **Derecho Romano Privado**, cit., p. 415, a designação *maleficium* pode ser empregada para fazer referência a fato criminal de qualquer gênero, não obstante não seja usual, salvo em Gaio, para alusão aos delitos privados. Consoante IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano**. Instituciones de Derecho Privado. 9ed. Barcelona: Ariel, 1985, p. 487, todavia, a designação referida é sinônima de *delictum*. Neste mesmo sentido, DI PIETRO, Alfredo. **Derecho Romano Privado**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 193. Sem prejuízo da aparente contradição, fica o registro de que, no presente ponto da investigação, foi empregada para indicar os delitos privados, de especial interesse ao estudo.

⁷³ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 293-295.

pois, muito mais numerosos do que aqueles presentes nas fases seguintes do direito romano a partir das referências de Gaio ou das *Institutiones* de Justiniano⁷⁴.

De um modo geral – o que se tenderá a manter no direito clássico –, a menção à culpa era empregada para indicar um liame de causalidade entre a atitude do agente e o dano, com a ideia subjacente de que aquela ação era repreensível em razão das circunstâncias objetivas em que se encontrava o lesante⁷⁵. Daí ser possível afirmar que os *delicta* tinham conotação estritamente objetiva, pois relacionada apenas à ocorrência do fato e da sua consequente causalidade, não obstante seja inegável verificar, em algumas figuras, algo próximo da negligência⁷⁶.

O certo é que, como dito, eram marcados pela tipicidade, na medida em que seus pressupostos eram estabelecidos de modo autônomo e independente para cada figura, e pela causalidade, tendo o esboço de uma noção de culpa conexão com a relação de causa e efeito entre o agir típico e o dano⁷⁷, contrariamente do que sucede com os mesmos pressupostos no regime atual.

Daí falar-se numa forma ainda rudimentar de imputação, ao menos diante dos padrões atualmente vigentes e da estrutura de pressupostos desenvolvida ao longo dos tempos que se seguirão.

⁷⁴ VOLTERRA, Eduardo. **Institutiones de derecho privado romano**. Madrid: Civitas, 1986, p. 552. Para um maior desenvolvimento sobre os delitos privados previstos na Lei das XII Tábuas, ver JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**. Direito das Obrigações. 4ed. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 122.

⁷⁵ TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 505.

⁷⁶ A este respeito, observa DI PIETRO, Alfredo. **Derecho Privado Romano**, cit., pp. 193, § 330, 195 § 335, e 201, § 349, que para a prática de um *delictum* exigia-se, de modo geral, uma intenção maliciosa (*dolo malo*), sem prejuízo de uma interpretação jurisprudencial dada ao delito de dano sancionado pela *Lex Aquiliae* contentar-se com um esboço do que, depois, seria entendido como mera culpa. Este dolo poderia ser variável figura a figura. Por exemplo, ao delito de furto exigia-se o *animus furandi* materializado no conhecimento que tinha o agente (*fur*) de que estava atuando contra a vontade do proprietário da coisa; já para o delito de *damnum*, afirmava-se que necessitava ser cometido com *iniuria*, ou seja, injustamente, podendo a ação não só ser intencional, mas também por imprudência ou negligência, inclusive leve.

⁷⁷ Assim, CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 302-303; igualmente, TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 505.

1.2 O direito clássico

Mesmo que sem uma cronologia estanque ou uma linearidade absoluta, até mesmo pela ausência de uma categoria geral de *delictum* que pudesse dar ao instituto alguma conformação mais abstrata, é possível observar no direito clássico⁷⁸ um enxugamento dos delitos privados⁷⁹, no qual a *obligatio ex delicto* (privada) provinha basicamente de quatro figuras típicas previstas e reguladas pelo *ius civile*, a saber, *furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *iniuria*⁸⁰, com especial destaque para as duas últimas⁸¹, que serão de grande interesse não só ao estudo, mas à própria ampliação da indenizabilidade por meio de construção pretoriana.

É neste cenário que, talvez, possa-se identificar o primeiro passo mais expressivo rumo à construção da atual ideia de responsabilidade civil extraobrigacional. Trata-se da edição da *Lex Aquilia de Damno*, fruto de plebiscito do ano 287 a.C. votado para assegurar aos plebeus o pagamento de danos causados ao seu patrimônio pelos patrícios⁸². Ao que se infere em Gaio, estava estruturada em três capítulos essenciais: um primeiro, que previa uma *obligatio* devida pela morte de um escravo ou de um quadrúpede pertencente ao gado doméstico; um segundo, que tratava da imposição de uma *poena* ao credor acessório que extinguia o crédito ao

⁷⁸ Os elementos de responsabilidade extraíveis do direito clássico, quer por meio da pena, quer do ressarcimento, são amplamente tratados pela doutrina, de modo que as ponderações que se tomarão em conta a partir daqui seguem as diretrizes gerais usualmente estabelecidas. Fica, contudo, a referência a duas obras específicas especialmente versadas sobre a temática que, pela sua singularidade, comportam alusão para fins de aprofundamentos por ventura necessários. São elas: VOICI, Pasquale. **Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico**. Milano: Giuffrè, 1939, e VOICI, Pasquale. **Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1938. A sua importância faz com que, não raro, sirvam de base a muitas das ponderações da manualística versada sobre o tema.

⁷⁹ Este enxugamento vem associado a um paulatino aumento dos delitos públicos, especialmente a partir do século I a.C., com a criação das *quaestiones perpetuae* e com o regime imperial incrementador de todo um sistema de direito penal público. Neste sentido, TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 496.

⁸⁰ TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 496.

⁸¹ O destaque quanto às referidas figuras no que diz respeito à evolução da ideia de responsabilidade pode ser encontrado também em CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., p. 299.

⁸² Assim, VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones...**, cit., p. 559-560; também, JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**, cit., p. 132.

invés de exigi-lo; e um terceiro, que contemplava os danos decorrentes de qualquer deterioração não legítima de coisa inanimada, animal manso ou escravo de outrem⁸³.

Especialmente o terceiro capítulo foi fonte de intensa construção pela jurisprudência⁸⁴, dele sendo possível extrair, em uma linguagem jurídica contemporânea, quase uma cláusula geral de reparação (*damnum iniuria datum*), especialmente se considerado o paradigma então vigente, de tipicidade muito mais estrita⁸⁵. Isso porque contemplava toda a sorte de prejuízos ou deteriorações causadas a coisas animadas (*servi* ou *semoventes*, desde que não se tratasse da morte, que vinha regulada no capítulo primeiro) ou inanimadas pertencentes a alguém.

Contudo, apesar de permitir o alcance de uma gama expressiva de casos, tinha requisitos bastante estritos, exigindo-se, além da *iniuria* (requisito geral a todos os delitos), que o dano fosse produzido diretamente pelo agente sobre a coisa (com contato material – *corpore corpori*) e com *dolus* ou negligência⁸⁶. Assim é que, sem prejuízo da continuidade da fragmentação de pressupostos, pois específicos ao aludido delito, já se antevê um maior refinamento dos conceitos, não obstante ainda distantes do que redundará na sistematização moderna a partir de toda a atividade dogmática que lhe precedeu⁸⁷.

⁸³ VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones...**, cit., p. 560-561. Segundo JÖRS, Paul. **Derecho Privado Romano**. 2ed. Atual. Wolfgang Kunkel. Trad. L. Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1937, p. 365, com a *Lex Aquiliae* encerra-se o ciclo legislativo em matéria de danos, já que os desenvolvimentos posteriores ao longo dos direitos clássico e pós-clássico/justinianeus, não obstante relevantes, serão realizados a partir dos seus termos.

⁸⁴ A este respeito, consoante assinala CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 297, “[u]ma extensão contínua da *lex aquilia* permitiu abranger cada vez mais danos, praticados com ‘injuria’”, ficando claro que a sanção correspondente ao dano consistia no dever de reparação, em contraposição a composições pessoais ou praticas vingativas ou mesmo taleônicas.

⁸⁵ É bem verdade que embora não apresentasse uma generalidade desta ordem, a própria Lei das XII Tábuas continha algumas ações para casos isolados que, no conjunto, acabavam já por conferir alguma forma de busca do prejuízo pelo lesado, podendo-se citar a *actio de pauperi*, a *actio de pastu pecori* e a *actio de arboribus*. Neste sentido, JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**, cit., 2011, p. 132.

⁸⁶ Consoante JÖRS, Paul. **Derecho Privado Romano**, cit., p. 365, a antijuridicidade derivou-se por interpretação da *Lex Aquiliae*, passando-se a conceber que somente haveria de se impor uma pena em face de um dano culpavelmente causado. Por inferência desta afirmação verifica-se a ausência de autonomia conceitual entre culpa e ilicitude, o que perpassa o direito romano como um todo.

⁸⁷ Para maiores aprofundamentos sobre a figura em questão, especialmente no que diz respeito a desenvolvimentos pontuais surgidos já ao longo do direito clássico, ver JÖRS, Paul. **Derecho Privado Romano**, cit., pp. 365-366.

Em conjunto com o delito de *damnum iniuria datum* é possível destacar outra figura típica que também foi de grande relevância à estruturação da futura gênese da responsabilidade civil: trata-se da *iniuria* (*stricto sensu*, em contraponto à *iniuria lato sensu*, que era elemento de todos os *delicta*). A sua relevância decorre justamente do seu maior grau de generalidade quando comparado ao *furtum*⁸⁸ ou à *rapina*⁸⁹, não obstante, como se verá adiante, a par da aparente diversidade de pressupostos, todos eles tenham marcas comuns muito visíveis e caracterizadoras.

Ao passo em que o *damnum iniuria datum* dizia respeito a prejuízos de ordem material causados a terceiros, o delito de *iniuria*⁹⁰ guardava relação com toda a sorte de ofensas à integridade física ou moral de um sujeito⁹¹, ofensas estas que podiam ser por palavra (*iniuria verbi*) ou ação (*iniuria re*), cada uma delas com maior ou menor gravidade (*iniuria levis* e *iniuria atrox*)⁹². Representa, assim, certa evolução em relação à tipicidade estrita do período pré-clássico⁹³, pois criou a possibilidade de abrangência, em uma única figura, de uma gama maior de lesões, além de, ao lado das demais características inerentes aos delitos privados, ser marcante o rompimento com a tradição da tarifação então vigente, pois a partir da sua consagração pelo direito clássico a *poena* correspondente passa não mais a ser prefixada, mas a ser avaliada no

⁸⁸ Em verdade, o furto deixa de ser, no direito clássico, somente a subtração de uma coisa móvel de quem seja seu proprietário ou sobre ela tenha direitos, passando a ser compreendido como toda ação direcionada a obter proveito ilícito de uma coisa móvel ou imóvel contra a vontade do seu senhorio. Opera-se, portanto, uma expressiva ampliação do seu alcance, nos moldes em que operado com as demais *delicta*, sem prejuízo da manutenção de alguns requisitos à sua efetivação. A este respeito, GUARINO, Antonio. **Compendio...**, cit., p. 282. Com maiores aprofundamentos acerca da figura, ver em especial a apresentação de JÖRS, Paul. **Derecho Privado Romano**, cit., pp. 359-363.

⁸⁹ Segundo JUSTO, A. Santos. **Breviário...**, cit., p. 210, “[a] rapina (*rapina*) é o delito que consiste na subtração violenta duma coisa alheia”. JÖRS, Paul. **Derecho Privado Romano**, cit., p. 364, faz referência à rapina como um caso qualificado de furto em razão da adição da violência.

⁹⁰ É possível afirmar que houve uma coexistência entre o delito privado de *iniuria* e uma figura criminal de natureza pública de mesma designação, voltada a tutelar a paz social. Tratava de condutas de maior gravidade que, por isso, não eram relegadas à atuação da vítima, mas do Estado, em nome do interesse geral, com consequência diversa da mera pena pecuniária (*poena privada*). Citam-se como exemplos os danos corporais graves (*puslare*) e o ingresso violento em casa alheia (*vi domum introire*), frutos da *Lex Cornelia de iniuris*. A propósito, TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 503. Tanto que, em Justiniano, a *Lex Cornelia* passou a ser aplicada a todos os casos de *iniuria*, podendo o lesado optar pelo juízo criminal ou pela *actio iniuriarum*. Assim, DI PIETRO, Alfredo. **Derecho Privado Romano**, cit., p. 204.

⁹¹ JUSTO, A. Santos. **Breviário...**, cit., p. 210.

⁹² RAMOS, J. Arias; BONET, J. A. Arias. **Derecho Romano**, cit., p. 685. Com aprofundamento sobre os desdobramentos conhecidos da *actio iniuriarum*, inclusive com referência às suas possíveis origens, hipóteses, legitimidade e variações, ver VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones...**, cit., p. 558.

⁹³ Verificada também nesta seara na estipulação de delitos específicos, tais como a mutilação de membros, fratura de ossos ou lesões menores.

caso concreto, em *quantum aequum et bonum videbitur (actio iniuriarum aestimatoria)*⁹⁴.

Neste particular, surge uma aparente ruptura com o sistema das XII Tábuas, deixando os delitos de terem um carácter apenas objetivo, com agregação de um requisito subjetivo associável com o que, no futuro, será a concepção jurídica de culpa (*lato sensu*). Afirma-se, por isso, que os delitos privados da *Lex Aquilia* pressupunham a malícia de quem os cometesse (*scientia dolo malo*), o que, após, foi ampliado pela jurisprudência para abranger situações culposas a partir de uma interpretação do vocábulo *iniuria*. O dolo, contudo, ainda não se apresenta como um requisito carecedor de prova direta, mas um elemento objetivamente implícito no delito legalmente tipificado⁹⁵, o que permite concluir o conteúdo da noção de culpa no direito clássico ainda era deveras impreciso⁹⁶.

Todas estas exigências impostas à caracterização dos delitos privados da *Lex Aquilia*, a par da sua aparente abrangência para os padrões então vigentes, fizeram com que a figura fosse paulatinamente sendo ultrapassada pelas múltiplas possibilidades que surgiam, exigindo-se a sua extensão pela *iurisprudencia* em muitas situações⁹⁷, tudo por meio da construção de conceitos em matéria de dano e de culpa⁹⁸ que, no futuro, mostrar-se-ão muito importantes à solidificação dos alicerces da responsabilidade civil por ato ilícito e a sua real sistematização quando da codificação moderna⁹⁹.

Diante da forma como eram geridos os danos pelo *ius civile* e as suas produções posteriores, é possível identificar traços bastante marcantes nas obrigações

⁹⁴ RAMOS, J. Arias; BONET, J. A. Arias. **Derecho Romano**, cit., p. 685.

⁹⁵ D'ORS, J. A. **Derecho Privado Romano**, cit., p. 418.

⁹⁶ GILISEN, John. **Introdução...**, cit., p. 751.

⁹⁷ Para uma síntese da construção extensiva criada a partir dos pressupostos iniciais, ver JUSTO, A. Santos. **Breviário...**, cit., p. 213. Segundo GUARINO, Antonio. **Compendio...**, cit., p. 284, a ampliação foi tão expressiva que, no período justiniano, a *actio legis Aquiliae utilis* passou a ser conferida a qualquer um que sofresse danos (mesmo o não proprietário), mas não para impor uma pena ao lesante e sim tão somente ressarcir-lo do dano.

⁹⁸ Sem prejuízo da notória imprecisão da culpa no direito romano, já é possível antever algum grau de refinamento um tanto interessante nas construções realizadas a partir da *Lex Aquilia*. Para tanto, basta que se atente a exemplos citados no texto das *Institutiones*. Assim, se alguém, praticando arco e flecha, atingia um escravo de outrem, haveria culpa se a atividade estava sendo realizada em um local impróprio e não haveria se tivesse sendo realizada em um campo militar adequado para tanto.

⁹⁹ JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**, cit., p. 134-136.

ex delicto, traços estes reveladores da sua essência e a partir dos quais é possível afirmar que o direito romano não conhecia um regime de responsabilidade civil nos moldes atuais, não apenas em decorrência da sua estrutura de pressupostos, mas da sua própria noção jurídica.

É bem verdade que, a partir do direito clássico, é possível antever alguma preocupação com a proporcionalidade material entre a ação do lesante e as consequências do ilícito, de modo a induzir que o desforço físico fosse substituído por um pagamento em dinheiro associado, desta forma, com a *obligatio* já existente com base em outras fontes (a exemplo do contrato)¹⁰⁰. Não obstante isso, como dito, permanece notória a natureza sancionatória da obrigação decorrente do ilícito, sendo intento seu impor uma pena, uma aflição ao lesante¹⁰¹, tudo por meio de uma obrigação de pagamento superior ao dano causado¹⁰².

Além deste caráter sancionatório, é possível destacar no vínculo jurídico *ex delicto* quatro características que não coincidem com aquelas previstas nos contratos¹⁰³ e, por isso, são bastante marcantes e reveladoras da sua essência no direito romano e da diversidade do conteúdo da obrigação a partir das suas várias fontes. Tais elementos são novas evidências de que a regulação das consequências do delito por meio da *obligatio* em geral apresentou algum elemento de artificialidade quanto à sua essência em si, que não guardava, em verdade, genuína relação intrínseca com as situações tratadas pelo contrato.

A primeira delas, a intransmissibilidade, impedia a sucessão ativa ou passiva, sendo titular da *actio* apenas o lesante e devedor da *obligatio* apenas o lesado; é aludida, por isso, como aderência à pessoa¹⁰⁴. Esta personalidade tempera-se com o tempo, passando a se admitir, quanto à titularidade passiva, que os herdeiros viessem a ser demandados pelos danos causados pelo extinto nos limites do lucro econômico decorrente do *delictum* ou do valor patrimonial por eles recebido e, quanto à titularidade ativa, que fossem transmitidas à sucessão as *actiones* penais, salvo as

¹⁰⁰ JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**, cit., p. 120

¹⁰¹ IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano**, cit., p. 488.

¹⁰² GUARINO, Antonio. **Compendio...**, cit., p. 282.

¹⁰³ TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 496.

¹⁰⁴ GUARINO, Antonio. **Compendio...**, cit., p. 281.

*vindictam spirantes*¹⁰⁵, ou seja, as ações que envolvem ofensas cuja natureza fosse considerada personalíssima, tal qual ocorre, *v.g.*, com a injúria¹⁰⁶.

A segunda, a indivisibilidade, está associada a uma eventual pluralidade de lesantes, nascendo tantas obrigações quanto forem estes, de modo que o pagamento por um(s) não liberava o(s) outro(s)¹⁰⁷. Esta característica também pode ser conceituada como a viabilidade de se cumular com a *actio poenalis* outras ações fundadas no mesmo delito, buscando-se, por exemplo, a restituição da coisa ou o ressarcimento em si, distinto da pena¹⁰⁸.

A terceira, a temporalidade, guarda relação com a natureza da ação. Enquanto as ações penais previstas no *ius civile* eram perpétuas, as estatuídas pelo pretor extinguíam-se ao transcurso de um ano a contar da prática do delito ou do momento que o ofendido encontrava-se apto a intentá-la¹⁰⁹, sem prejuízo de, por vezes, também apresentarem caráter perpétuo, em analogia ao direito civil¹¹⁰.

A quarta, a noxalidade,¹¹¹ não obstante representasse um avanço em comparação à vingança privada coletiva, pois permitia a individualização das consequências do ilícito na pessoa do lesante, consistia na possibilidade de entrega liberatória do efetivo responsável pelo dano por aquele a quem poderia ser imposta a *obligatio*. Ou seja, o *paterfamilias* ou o *dominus*, em sendo demandado por ato do filho, do *servus* ou do semovente, entregar-lhe-ia ao lesado como forma de liberação

¹⁰⁵ JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**, cit., p. 120-121. O abrandamento da intransmissibilidade ativa foi verificado já no direito clássico. Neste sentido, RAMOS, J. Arias; BONET, J. A. Arias. **Derecho Romano**, cit., p. 679.

¹⁰⁶ SOHM, Rodolfo. **Instituciones de Derecho Privado Romano**. Historia y Sistema. Trad. W. Roces. 17ed. Madrid: Vitoriano Suárez, 1928, p. 417.

¹⁰⁷ Esta característica vem também designada “solidariedade cumulativa”; assim, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 14ed. Napoli: Jovese, 1998, p. 421.

¹⁰⁸ IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano**, cit., p. 490. Esta característica é autonomamente definida por JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**, cit., p. 121, como “acumulação”; no mesmo sentido, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni...**, cit., p. 367.

¹⁰⁹ JUSTO, A. Santos. **Breviário...**, cit., p. 208.

¹¹⁰ IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano**, cit., p. 490.

¹¹¹ TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 498. Isso porque a entrega liberatória deixa bastante clara a existência de resquícios do direito antigo do ofendido sobre a pessoa do ofensor. Neste sentido, VOLTERRA, Eduardo. **Intituciones...**, cit., p. 551. , Segundo GUARINO, Antonio. **Compendio...**, cit., p. 281, a noxalidade implicava que os atos ilícitos cometidos por um servo ou por um integrante de determinado clã eram da responsabilidade do *paterfamilias*

da *poena* correspondente, o que deixava evidente a presença, ainda no *ius civile*, de resquícios do direito antigo do ofendido sobre a própria pessoa dos ofensores¹¹².

O exame destas características – presentes na *obligatio* decorrente da prática de quaisquer das quatro figuras típicas reconhecidas no direito clássico e assinaláveis como o seu diferencial em relação às obrigações negociais – é que permite afirmar a inexistência, no direito romano, de uma obrigação ressarcitória pura e genuinamente civil (tal qual na sua conformação atual)¹¹³. Isso porque são reveladoras de que as consequências jurídicas do ilícito tinham natureza essencialmente sancionatória, tanto que a própria pessoa do lesante podia ser chamada a responder pelo dano, o montante decorrente da sua verificação não tinha o intento de restituir o lesado ao *status quo ante*, mas de impor uma expiação, e a imputação, em havendo pluralidade de agentes, impunha-se a cada um, cumulativamente, a revelar o espírito essencialmente retributivo da *obligatio*.

1.3 Os direitos pós-clássico e justinianeus

A partir de uma marca evolutiva do direito romano, é certo que os problemas relacionados à ausência de uma definição clara de responsabilidade permanecem ainda presentes nas suas fases subsequentes, sendo a polissemia da designação *iniuria* a materialização mais viva desta realidade. Tanto que a expressão, ao longo dos tempos, terá concomitantemente o seu conteúdo associado não apenas a um ato ilícito – na sua conformação atual –, mas também a uma atuação irregular do juiz, a um ato com dolo ou culpa ou mesmo a um ato insultoso¹¹⁴.

¹¹² VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones...*, cit., p. 551.

¹¹³ Na arguta observação de SOHM, Rodolfo. *Instituciones...*, cit., p. 417, “[e]l Derecho romano primitivo no comparte la idea moderna del delito privado como fuente de un derecho de indemnización para el que lo sufre. La ley prescribe una pena pecuniaria – generalmente con gran largeza –, de la sale, o ha de salir, la reparación de los daños ocasionados por el delito”.

¹¹⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 299.

Esta aparente inconstância conceitual, a par de ainda se projetar de algum modo no período pós-clássico, tende a atenuar-se, caminhando para a sedimentação de uma série de conceitos vitais à conformação da moderna noção de responsabilidade civil. Desta feita, toda esta marcha evolutiva – não só da *iniuria*, mas da imputação *ex delicto* em si – segue até o *Corpus Iuris Civilis*, no qual será possível encontrar alguma ideia de conjunto¹¹⁵.

A despeito da necessidade de se verificar a forma como se dá esta transformação, cumpre antes referir que o período comumente designado pós-clássico/Justiniano, em verdade, tem realidades externas muito diversificadas que implicarão em momentos distintos na evolução das consequências jurídicas do delito. Isso porque é marcante, a partir da segunda metade do século III, um colapso completo da jurisprudência clássica, muito em decorrência de um aparente esgotamento da força criativa dos juristas romanos, a implicar numa vulgarização do direito, com o seu consequente afastamento em relação à tradição anterior, quando do seu apogeu em qualidade e precisão técnica¹¹⁶.

Nesta linha, é de se assinalar que a queda do Império do Ocidente a partir das invasões bárbaras operou uma autêntica separação entre as experiências vivenciadas num e noutro após a divisão, fazendo com que pouco ou quase nada passasse de um para outro¹¹⁷. Enquanto naquele foi notório um crescente processo de vulgarização do direito romano, acompanhado de evidente declínio do seu conteúdo¹¹⁸, no Oriente foi possível verificar, após um estágio inicial igualmente

¹¹⁵ Assim, CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 299; também, PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **O direito das obrigações...**, cit., p. 32.

¹¹⁶ KASER, Max. **Storia del diritto romano**. Trad. Remo Martini. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1967, pp. 238-239.

¹¹⁷ VOGLI, Pasquale. **Manuale di Diritto Romano**. Parte generale. 2ed. Ristampa. Milano: Giuffrè, 1998, p. 186.

¹¹⁸ Para um aprofundamento a respeito deste dito processo de *vulgarização*, sem prejuízo dos desdobramentos que posteriormente serão apresentados, ver KASER, Max. **Storia del diritto...**, cit., pp. 256-261. Segundo o autor, especificamente no que diz respeito aos desdobramentos que interessam à construção da ideia de responsabilidade, é de se observar uma acentuação de dados emocionais e uma predileção por formas retóricas e por uma moralização superficial.

descendente¹¹⁹, uma retomada dos desenvolvimentos a partir do legado dos clássicos, o que redundou no seu apogeu com os trabalhos de Justiniano.

Em verdade, as pretensões de Justiniano diziam respeito a uma autêntica reconstrução do Império na sua grandeza anterior, o que também implicava na necessidade de retomada da sua produção jurídica; e esta tarefa tomou forma justamente por intermédio do *Corpus Iuris*¹²⁰, a implicar na conservação do patrimônio ideal da jurisprudência clássica com valor de lei ao mundo futuro¹²¹.

E o mérito da obra de Justiniano está justamente no fato de que a retomada dos trabalhos de desenvolvimento do direito romano no Oriente não se constituiu numa simples retomada dos clássicos, pois no *Corpus Iuris* o direito do grande passado encontra-se com os posteriores desenvolvimentos do período intermédio, de modo a que o *vulgarismo* e o *classicismo* fundem-se numa frutífera síntese, a permitir todo o aperfeiçoamento relegado às futuras gerações, já que foi a partir dele que se deu a retomada do direito romano na Europa Ocidental por meio das Universidades italianas ao longo do século XI¹²².

No contexto mencionado, os pressupostos da reparação tendem a receber alguma uniformidade, pois embora as *delicta* continuem formalmente tipificadas e com certa vinculação a uma conotação hoje relegada ao direito penal, o alargamento propiciado pela maior abertura do *damnum iniuria datum* e da *iniuria*¹²³ permitirá a construção de figuras de carácter mais geral e, com isso, o desenvolvimento dos elementos centrais do instituto em si, tudo em paralelo à crescente atenuação das

¹¹⁹ Mesmo tendo a vulgarização encontrado espaço tanto no Ocidente quanto no Oriente, neste é possível antever uma posterior retomada do desenvolvimento a partir dos clássicos, o que em muito foi viabilizado pelo trabalho das escolas de direito cujas atividades floresceram no período; assim, KASER, Max. **Storia del diritto...**, cit., pp. 261-265., inclusive com esclarecimentos acerca das fontes e dos métodos empregados pelas referidas escolas. E foi justamente este trabalho que permitiu fossem forjados bons colaboradores à execução da obra de Justiniano, o que permitirá não apenas a retomada do direito clássico, em contraponto à vulgarização antes referida, mas mesmo a cristalização do direito romano às gerações futuras num estágio avançado, a permitir a sua retomada posterior no Ocidente; a este respeito, VOICI, Pasquale. **Manuale...**, cit., p. 93.

¹²⁰ Para um apanhado histórico acerca da compilação de Justiniano, que fora responsável pela transmissão do direito romano ao mundo moderno, com amplas referências sobre a sua estrutura e o seu desenvolvimento, ver VOICI, Pasquale. **Manuale...**, cit., pp. 194 e ss.

¹²¹ KASER, Max. **Storia del diritto...**, cit., p. 240.

¹²² KASER, Max. **Storia del diritto...**, cit., p. 241.

¹²³ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 299.

características de cunho demasiadamente expiatório, consoante já iniciado desde o direito clássico.

Neste cenário e diante de tais mudanças, dá-se o incremento da exigência de elementos axiológicos na caracterização dos delitos, por certo sob alguma influência do pensamento cristão sentido já no direito pós-clássico¹²⁴, o que veio propiciado pela antes referida abertura do sistema de fontes das obrigações, com o abandono da estrita tipicidade clássica, provavelmente por consequência do desaparecimento do processo formulário e da cessação da vinculação aos editos no direito vulgar¹²⁵.

Confluem ao mesmo processo influências de origem grega e cristã, reforçando-se, com isso, o início de um desenvolvimento mais significativo da ideia de culpa como pressuposto de responsabilidade, passando a ser a sua regra geral. Ganham relevo, portanto, conceitos como *dolus* e *culpa* (propriamente dita), mas com um viés diverso, acentuando-se a marca da responsabilidade moral – portanto, sem tipificação –, a demandar exame no caso concreto¹²⁶.

Ou seja, a culpa abandona a simples ideia de causalidade das XII Tábuas ou a associação a uma contrariedade ao direito também presente no direito clássico para adquirir um alcance valorativo no juízo de imputação associado à determinação oriunda do processo mental do agente¹²⁷. E, de igual sorte, vem relacionada à noção de reprovabilidade materializada na não intencionalidade, independentemente de omissiva ou comissiva, tornando-se um conceito subjetivo a representar contrariedade a um dever¹²⁸.

As contraposições culpa *lata* vs. culpa *levis*, culpa *in abstracto* vs. culpa *in concreto* ou mesmo *dolus* vs. culpa também é fruto do período das compilações, não

¹²⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 305.

¹²⁵ KASER, Max. **Direito Privado Romano**, cit., p. 197.

¹²⁶ KASER, Max. **Direito Privado Romano**, cit., p. 218.

¹²⁷ É uma característica indefectível dos direitos antigos relegar atenção especial à exteriorização do ato em si atribuível ao agente, admitindo-se concluir a partir da experiência que quem realiza determinados atos típicos quer causar danos. Disso decorre que a responsabilidade pelo resultado é, em verdade, responsabilidade por culpa tipificada, fazendo com que a aferição da culpa em concreto seja uma construção atingível apenas em momento posterior da evolução do direito romano. Assim, KASER, Max. **Direito Privado Romano**, cit., p. 213.

¹²⁸ KASER, Max. **Direito Privado Romano**, cit., p. 218.

sendo realidade viva no direito clássico. O certo é que, mesmo ainda no período justinianeu, não há uma inteira autonomia entre os conceitos de culpa e ilicitude, pois aquela restava abarcada pela *iniuria* romana, tanto que as excludentes de ilicitude negavam também a culpa¹²⁹. Já o dolo pressuporia, na sua forma mais elaborada, a vontade do resultado ilícito, apesar da consciência da ilicitude¹³⁰, passando a ser associado à ideia de má-fé¹³¹.

No que diz respeito à atenuação das características expiatórias, cumpre registrar que a intransmissibilidade passiva da obrigação *ex delicto* cede no período justinianeu, tal qual ocorrera precedentemente com a ativa¹³², e a indivisibilidade dá lugar à solidariedade, fazendo com que nasça apenas uma obrigação em razão do delito, a qual se extingue com o pagamento por qualquer dos lesantes, em caso de haver pluralidade destes, e não mais obrigações pessoais individualizadas¹³³. A derrogação de tais marcas contribui sobremaneira para terminar um ciclo iniciado ainda no direito clássico no sentido de afastar da resposta ao delito uma marca quase que exclusivamente retributiva, demonstrando já alguma preocupação com a solução da controvérsia dele decorrente e não apenas com a penalização do agente em si.

Igualmente, a situação do *filiusfamilias* altera-se ao longo do tempo, fazendo com que a sua colocação na condição de *persona in mancipio* em razão da entrega noxal passe a não mais ser tolerada a partir da influência cristã estabelecida sobre o direito romano, razão pela qual foi também excluída em Justiniano¹³⁴, marca de igual modo importante de sedimentação da despenalização da obrigação *ex delicto*.

Ainda no que tange à estruturação das fontes das obrigações decorrentes do ilícito, é possível atribuir a Justiniano a inclusão, no *ius honorarium*, de uma série de figuras nomeadas quase-delitos¹³⁵, figuras estas com tipicidade mais estrita do que os

¹²⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., p. 306-308.

¹³⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., p. 306-308.

¹³¹ KASER, Max. *Direito Privado Romano*, cit., p. 218.

¹³² RAMOS, J. Arias; BONET, J. A. Arias. *Derecho Romano*, cit., p. 679.

¹³³ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano*, cit., p. 121.

¹³⁴ D'ORS, J. A. *Derecho Privado Romano*, cit., p. 421.

¹³⁵ É possível afirmar que o embrião destas figuras pode ser encontrado já no direito clássico, não com a estrutura que lhe foi dada em Justiniano, pois até então não eram fonte de *obligatio*, mas por meio do poder de criação do pretor através das ações *in factum conceptae*. A propósito, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni...*, cit., p. 364.

delitos do período clássico. Em verdade, a par de estas estarem associadas às fontes das obrigações e, por isso, serem frequentemente colocadas em paralelo com os delitos, não é possível sequer encontrar nelas uma identidade de fundamento, seja entre si, seja com o nascedouro da responsabilidade civil atual, pois ora fundadas na negligência, ora na culpa alheia, ora na culpa *in eligendo*¹³⁶.

De outro lado, é notório reconhecer, não obstante alguma reminiscência de fragmentariedade no que tange aos pressupostos em relação a cada uma das figuras típicas, a existência de um elemento comum a todas elas, no caso, a *iniuria*¹³⁷. Assim, para o surgimento da *obligatio* era exigível em todos os delitos a presença de uma contrariedade ao direito¹³⁸ que, com o passar dos tempos, passou a abranger um juízo específico de reprovação associável à ideia de dolo ou culpa (não obstante fossem conceitos atrelados à noção de causalidade, como referido), já como um prenúncio do que seria amplamente consagrado no direito privado pela codificação francesa com a introdução do conceito de *faute*.

2 O Direito Intermédio e os germes da responsabilidade civil

O período que, na ciência do direito, costuma ser designado pela expressão *intermédio* é aquele compreendido entre a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e as codificações do século XIX, abrangendo, por isso, largos séculos que, na divisão história clássica, abarcariam a totalidade das Idades Média (até 1453) e

¹³⁶ TORRENT, Armando. **Manual...**, cit., p. 508.

¹³⁷ Como aludido em momento precedente, aqui a designação tem acepção geral em contraponto à designação específica empregada para aludir ao delito privado de *iniuria* já antes analisado.

¹³⁸ Nas exatas palavras de D'ORS, J. A. **Derecho Privado Romano**, cit., p. 415, o termo mais amplo para designar todos os atos ilícitos que dão lugar a uma reprovação jurídica é *iniuria*, ou seja, o contrário ao *ius*, pois se esta expressão equivale ao moderno direito, àquela equivale exatamente a torto, palavra que coincide exatamente com a designação inglesa *tort*. Ainda segundo o autor, o conceito de *iniuria* implica também uma vontade de quem sofre a lesão, o que afirma com base na expressão latina *nulla iniuria fit voluit*.

Moderna (até 1789)¹³⁹. Do ponto de vista da investigação que ora se propõe, contudo, parece que outra divisão se apresenta mais apropriada, porquanto, no que tange ao desenvolvimento do direito privado, não se verifica uma ruptura drástica entre os séculos XV e XVI¹⁴⁰.

Daí que, na sequência, buscar-se-á apresentar os traços caracterizadores da noção jurídica de responsabilidade por meio do desenvolvimento dos seus pressupostos no direito medieval autêntico (Alta Idade Média) e, por conseguinte, no denominado direito comum (*ius commune*)¹⁴¹ para, numa subdivisão posterior, tratarem-se dos antecedentes e do produto alcançado nesta temática a partir do fenômeno codificatório.

2.1 O Direito medieval autêntico

O período que se sucede à queda do Império Romano do Ocidente e às invasões bárbaras vem marcado por uma intensa fragmentariedade jurídica, o que se reflete sobremaneira no direito privado e, por conseguinte, na sua reação ao ilícito. Tanto isso é verdade que podem ser destacadas nesta seara realidades assinaláveis como involutivas se comparadas aos estágios atingidos pelo direito romano, mesmo que para tanto se desconsiderem as construções de Justiniano, tais como uma

¹³⁹ Inclusive cronologicamente falando, abarcaria a parcela do direito romano desenvolvida após a queda do Império do Ocidente que, contudo, por uma questão de lógica jurídica, foi tratada já no item precedente, até para preservar a ideia de conjunto e de continuidade evolutiva dos institutos.

¹⁴⁰ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 45-47. A proposta de divisão da evolução do direito privado apresentada pelo autor – e adotada no presente estudo – considera como um primeiro período de interesse aquele situado entre a queda do Império Romano do Ocidente e a recepção do direito romano na Europa (século XI) e, um segundo, que inicia com este fenômeno e se prolonga até a codificação oitocentista, cronologicamente coincidente com a Revolução Francesa, marco oficial do início da Idade Contemporânea.

¹⁴¹ Apenas para reforço da periodização adotada, cumpre destacar que, no conceito apresentado por COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 285, a designação direito comum (*ius commune*) serve a aludir ao “sistema normativo de fundo romano que se consolidou com os Comentadores e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século XVII”, o que coincide, em exatos termos, com o segundo período de relevância sinalado na referência anterior.

predominância da vingança privada e uma retomada da responsabilidade coletiva, tudo aos moldes dos direitos arcaicos.

O declínio do direito romano no ocidente, sacramentado com a queda do Império (476 d.C.) e as invasões bárbaras, fez acentuar-se uma vulgarização dos institutos já em curso e permitiu uma forte influência do direito arcaico germânico¹⁴², de tradição puramente oral e, por isso, desprovido de qualquer princípio geral ou mesmo de tradição analítica¹⁴³. Tanto que é usual fazer-se referência à alta Idade Média como um período primitivo na história jurídica europeia, com dificuldades de ordem política, econômica e social que se refletiram no direito, tomando-se, assim, restos da antiguidade, tudo com drástica simplificação¹⁴⁴.

Tanto que o próprio direito romano vigente na Europa ocidental neste período não tinha o refinamento dos clássicos ou pós-clássicos, reduzindo-se ao que se tem denominado de direito romano vulgar¹⁴⁵, de viés provinciano e consuetudinário¹⁴⁶, deveras simplificado, cenário este que somente se altera a partir do século XII, com a retomada do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano que, neste período precedente, teve a sua vigência e a sua aplicação relegadas ao Oriente¹⁴⁷.

A vida em paralelo dos povos romanizados e daqueles de origem germânica, cada qual com os seu costume juridicizado, foi marca inicial do período, o que paulatinamente vai cedendo espaço aos costumes territoriais incrementados pela

¹⁴² GILISEN, John. **Introdução...**, cit., p. 752. Conforme o autor, “[o] sistema de responsabilidade coletiva e de vingança privada domina a Europa ocidental até os séculos XII-XIII, para apenas desaparecer em seguida e de modo muito lento; permanecem sobrevivências até os séculos XVI e XVII. (...) A responsabilidade individual aparece no direito penal das cidades a partir do séc. XII ou, duma forma mais geral, nos séc. XIII e XIV; apenas o autor do delito é punido (penas corporais ou multa)”.

¹⁴³ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 27.

¹⁴⁴ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 24.

¹⁴⁵ Para um apanhado mais profundo, além das ponderações já apresentadas, acerca do alcance da designação *direito vulgar*, ver VOCI, Pasquale. **Manuale...**, cit., pp. 190-193.

¹⁴⁶ Como anota CAETANO, Marcello. **História do Direito Português**. 4ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000, p. 86, o direito romano era adaptado pelas inevitáveis particularidades das províncias, deveras rudimentares se comparadas ao refinamento de Roma, o que demandou a formação de um *direito romano vulgar* em cada uma delas, o qual representou a ponte de passagem entre os direitos clássico e pós-clássico e os futuros direitos nacionais neolatinos.

¹⁴⁷ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 24-26.

feudalidade nascente¹⁴⁸ e, em momento posterior, às tentativas de regulação da vida privada por meio de leis postas¹⁴⁹. A instabilidade política também é notória em razão das sucessivas invasões dos reinos. Cita-se como exemplo deste fenômeno a sucessão, em relação aos ostrogodos e aos visigodos, dos lombardos na Itália (565 d.C.) e dos árabes na Península Ibérica (711 d.C.), o que terminava por fazer sucumbir as tentativas anteriores de sistematização das regras aplicáveis¹⁵⁰.

Assim é que a existência de uma responsabilização puramente civil continua impensável durante todo o dito direito intermédio, surgindo apenas no século XVIII, de modo que a resposta ao ilícito ainda vem fortemente marcada pelas concepções de delito e de pena¹⁵¹.

Tanto que no direito medieval de um modo geral a expressão *responsável*, salvo nas situações de garantia, pouco é empregada pelos redatores e comentadores do direito consuetudinário então vigente, igualmente com poucas referências à *Lex Aquilia*, sendo os processos indenizatórios por fatos não delituais muito raros, situação que se alterará apenas com a noção de responsabilidade desenvolvida a partir da ideia de liberdade individual¹⁵².

Consoante referido, o conjunto formado pelos direitos germânicos vigentes após as invasões e pelo direito romano vulgar tinha uma feição deverás arcaica, pois alicerçados ainda na responsabilidade coletiva e na vingança privada, tudo com base nas solidariedades ativa e passiva do grupo familiar. Isso permitia situações absolutamente impensáveis ao grau de refinamento do direito romano clássico e pós-clássico, especialmente em matéria de culpabilidade (mesmo que ainda com as deficiências conceituais antes apontadas), não havendo, por exemplo, distinção entre

¹⁴⁸ Para uma plena compreensão da estrutura feudal e da sua sistemática, ver ESCUDERO, José Antonio. **Curso de Historia del Derecho**. Fuentes e Instituciones Político-administrativas. Madrid: [s.n.], 1985, pp. 385 e ss., especialmente pp. 395-404.

¹⁴⁹ Um dos exemplos mais frequentes desta realidade é a *Lex Romana Visigothorum* ou Breviário de Alarico (560 d.C.), na França e na Península Ibérica. Sobre o tema, DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 37-38.

¹⁵⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, cit., p. 38.

¹⁵¹ GILISEN, John. **Introdução...**, cit., p. 752.

¹⁵² GILISEN, John. **Introdução...**, cit., p. 752

o assassinato e o homicídio involuntário, ambos sendo reprimidos com a vingança privada¹⁵³.

E tudo isso vem agravado pela simplificação da aplicação do direito pelos Tribunais, situação que não só perpassa todo o direito intermédio como se prolonga até o fim do *Ancien Régime*. A hierarquia e a capacidade criadora romanas amplamente exercidas na aplicação do direito cedem espaço à jurisdição local, normalmente presidida por juízes ocasionais e desprovidos de formação jurídica ou mesmo de qualificação especial para a atividade, não obstante, por exemplo, os esforços de Carlos Magno no reino dos francos no sentido de tentar atribuir uma maior estabilidade à administração judiciária¹⁵⁴.

Tanto que o período costuma ser associado à ideia de declínio do direito, sendo os litígios resolvidos pela lei do mais forte ou pela arbitrariedade de um chefe, inclusive com a flexibilização dos ideários de justiça (segundo os quais se deveria reservar a cada um o que é seu) em detrimento de uma solidariedade grupal capaz de assegurar a coexistência entre os grupos e uma pseudo paz¹⁵⁵.

A expressão máxima desta forma de resolução de conflitos é a institucionalização do duelo, ou seja, o reconhecimento do valor jurídico de um embate para fins de solução de disputas, embate este passível de ocorrer até nas situações em que as contendas eram judicializadas, mas a prova era inconclusiva. Em outras palavras, vendo-se os juízes num impasse para decidir, o desforço pessoal dos envolvidos era a alternativa viável¹⁵⁶, a demonstrar uma absoluta incapacidade do direito de genuinamente resolver conflitos.

¹⁵³ GILISEN, John. *Introdução...*, cit., 751.

¹⁵⁴ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução...*, cit., p. 35. Neste particular, acerca do estado a que se resumia a aplicação do direito pelos Tribunais no período, percuciente é a questão posta por DAVID, René. *Os grandes sistemas...*, cit., p. 38, no sentido de que “[p]ara que serve conhecer e precisar as regras do direito, quando o sucesso de uma das partes depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou a prova dos ordálios?”

¹⁵⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas...*, cit., p. 39. Segundo o autor, os ditames da fé cristã foram expressivos auxiliares da concretização deste ideário. Para tanto, basta que se atente às recomendações de São Paulo nas suas cartas, donde se extrai a exaltação da caridade em detrimento da justiça e a expressa recomendação aos seguidores para que se submetessem à arbitragem dos irmãos ao invés de litigarem em Tribunal.

¹⁵⁶ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução...*, cit., pp. 36-37.

Até mesmo porque de nada adiantava do ponto de vista prático a certeza de um direito por meio de um julgamento quando inexistia autoridade com força genuinamente obrigatória ou preparada para usá-la na imposição desta certeza em benefício do titular que o tivera reconhecido¹⁵⁷. Neste cenário, de que adiantavam soluções jurídicas bem estruturadas se lhes faltassem meios para torná-las efetivas; daí porque o duelo apresentava-se como viva corporização da uma solução eficiente na equalização de danos.

A já referida fragmentariedade jurídica também muito contribuiu a esse cenário de aparente involução da ideia de responsabilidade. Os reinos germânicos do continente (especialmente, francos, ostrogodos, visigodos e lombardos) tinham uma população com origens romana e germânica, pelo que se manteve, no seu início, uma aplicação do direito pessoal, ou seja, a partir do princípio da personalidade aplicava-se aos *romani* o direito romano vulgar e, aos germânicos, o seu direito próprio. Pode ser citado como exemplo desta realidade o império franco de Carlos Magno em cujo território o princípio da personalidade só restou superado muito tempo após as primeiras tentativas de unidade jurídica¹⁵⁸. Tudo isso impedia a construção de uma ideia uniforme de responsabilidade, pois a pessoalidade era valor fundante incompatível com a unidade imprescindível à referida noção jurídica ou a estruturação de conceitos analíticos minimamente estáveis e providos de um conteúdo próprio.

Fala-se, por isso, no surgimento de um genuíno direito feudal somente a partir do século VIII, o que se deu com base no costume, sem expressiva intervenção legislativa (as *Leges feudorum* só apareceram no século XII) ou de atividades de ensino

¹⁵⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, cit., p. 38. Com a mesma opinião, acentuando a inexistência de uma autoridade política com capacidade própria para o estabelecimento de normas, CLAVERO, Bartolomé. **Institucion Historica del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 32.

¹⁵⁸ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 27-28. A situação, contudo, não é consensual. Especificamente no que interessa, por exemplo, à formação do direito português e, por conseguinte, do direito brasileiro, são grandes as divergências na doutrina sobre a vigência do princípio da pessoalidade no direito visigótico. Para um apanhado a respeito, ver COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., pp. 150-154. É válida a referência, contudo, do ponto de vista geral da formação do direito continental, sendo inafastável a relevância, em maior ou menor grau, de uma notória fragmentariedade do direito privando vigente no período intermédio.

jurídico, predominando, assim, não só as características germânicas, mas o seu modo próprio de ver o direito¹⁵⁹.

Não obstante essas ponderações, que poderiam induzir certeza sobre a já aludida aparente involução do direito privado em matéria de imputação de danos no período, há o acréscimo de elementos relevantes que contribuirão à formação da feição moderna da responsabilidade civil. E isso não só a partir da recepção do direito romano através do seu ressurgimento pelos Glosadores, como adiante se verá, mas também em decorrência de uma forte influência do direito canônico e dos seus preceitos éticos.

Os legisladores e os juristas medievais não elaboraram um verdadeiro conceito de delito, o que acarretou uma genuína atecnicidade terminológica; tanto que empregavam indiferentemente os termos romanos *crimen*, *delictum* e *maleficium*, bem como a expressão cristã *peccatum*. A indistinção entre as noções de delito e pecado e as suas consequências aos limites que interessam ao atual conteúdo da responsabilidade civil é tamanha que crime, por vezes, é percebido como pecado em geral e, por outras, como mera ação danosa, o que basta a bem demarcar a continuidade da submissão da gestão dos danos a um conteúdo de natureza preponderantemente sancionatória¹⁶⁰.

Evidentemente por isso é que um conceito unitário não esteve perto de ser formulado (ou mesmo percebido), ao menos em termos de técnica jurídica, e tampouco uma harmonização em matéria de pressupostos, tudo diante da evidente fragmentariedade. Isso porque mesmo em uma fase mais adiantada do direito intermédio, a antijuridicidade da ação não vem considerada de maneira específica, mas somente pressuposta para as figuras típicas previstas¹⁶¹.

¹⁵⁹ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 28-29. Ainda segundo o autor, tais feições eram típicas da visão dos povos germânicos sobre o direito, muito distinta da romana, pois, para aqueles, "o direito não era uma técnica social que podia ser manipulada e adaptada quando as autoridades centrais desejassem, mas uma realidade eterna, um princípio fixo e intemporal de orientação, que deveria ser elucidado e interpretado, mas jamais alterado fundamentalmente".

¹⁶⁰ MORANGIU, Antonio. **Delitto. Diritto Intermedio**. In: AAVV. *Enciclopedia del Diritto*. Milano, Giuffrè, 1964, v. XII, pp. 8-9.

¹⁶¹ MARONGIU, Antonio. **Delitto...**, cit., p. 8.

2.2 A recepção do direito romano

Consoante amplamente assinalado pelos historiadores do direito, o século XII tem acentuada importância à retomada da evolução do direito privado. Isso por consequência das modificações políticas, sociais, culturais e econômicas registradas já a partir do fim do século XI, as quais demandavam novas soluções jurídicas diante do aumento da complexidade das relações interprivadas, que não mais se satisfaziam com a vingança e a responsabilidade coletiva retomadas com o início da Alta Idade Média¹⁶².

O abandono das estruturas feudal e agrária¹⁶³ permitiu uma maior centralização organizativa do poder – não apenas no âmbito civil – por meio do estabelecimento do Estado nacional soberano como forma predominante de organização política, mas também na seara eclesiástica, estabelecendo-se uma Igreja com organização burocrática, centralizada e hierarquizada sob a direção do papado¹⁶⁴.

Daí a relevância de se atentar às contribuições destes vetores à sedimentação da atual ideia de responsabilidade, quanto mais tendo em conta serem paralelas a evolução e o desenvolvimento do direito da Igreja e do direito secular, não só por terem ocorrido nos mesmos tempo e lugar, mas também sob o mesmo espírito¹⁶⁵ e as mesmas bases, no caso, o resurgimento do direito romano.

¹⁶² CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 43 e ss., donde se extrai um bem sistematizado panorama evolutivo acerca do período, com referência aos seus desdobramentos jurídicos. Fica a ressalva, porém, de que não se pretende dizer que o direito medieval, em matéria de danos, não foi absolutamente nada mais do que a vingança privada. Por evidente que o próprio direito romano vulgar relegado ao período foi além disso. Todavia, é inegável afirmar que paralelamente à retomada da vingança privada, amplamente assinalada pelos historiadores do direito como uma marca da Alta Idade Média, o grau de refinamento do direito justinianeu era impensável à realidade jurídica medieval anterior à recepção do direito romano bizantino pós-glosadores.

¹⁶³ Para um aprofundamento dos cenários político, econômico e social caracterizadores do período feudal inicial e da sua mutação, a qual acarretou a necessidade de busca por uma regulação mais condizente com a maior complexidade das relações interpessoais e, por isso, permitiu o ressurgimento do direito romano no ocidente, ver HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições**. Épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 107 e ss.

¹⁶⁴ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 43.

¹⁶⁵ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa**. Trad. Jose Javier de Los Mozos Touya. 4ed. Valladolid: Lex Nova, 1998, p. 49. Para justificar essa informação, os autores referem os trabalhos de Graciano, na seara do direito canônico, e de Irnerio, na retomada do direito romano, ambos realizados em Bologna, na mesma altura. Segundo eles, “[l]a cuna

Várias são as teorias que tentam justificar as razões pelas quais, após um período de aparente desinteresse, o direito romano foi retomado de forma tão viva. Certo é que as explicações mais verossímeis são justamente aquelas associadas ao incremento da complexidade das necessidades jurídicas sentidas no período, as quais aparentavam serem bem solvidas pelo direito romano na sua feição bizantina original, muito superior e mais elaborada do que aquela relegada ao Ocidente por meio do direito vulgar e mesmo do que aquela vigente quando da queda do Império do Oriente, de igual modo bastante comprometida em comparação à acepção justinianeia.

E o papel do ensino jurídico foi determinante nesta tarefa, fazendo com que a retomada do direito romano tenha vindo associada à fundação das Universidades, primeiro na Itália, mas rapidamente na França, na Inglaterra, em Portugal e em todo o resto da Europa. Neste ambiente acadêmico, o direito romano – em paralelo ao direito canônico – foi fonte de viva discussão, cedendo certo espaço (já que continuaria a ser o ensino básico) para os direitos nacionais somente a partir do século XVIII¹⁶⁶, com as profundas alterações que sofrera o direito privado no período pré-codificado.

2.2.1 O período medieval tardio (*Os Glosadores e os Comentadores*)

Há consenso na doutrina de que os trabalhos de irradiação do direito romano, ao menos nas proporções que permitirão a formação do *ius commune* e do direito moderno continental, iniciaram-se com a Escola de Bologna¹⁶⁷, que concedeu não apenas autonomia ao ensino do direito em relação às demais disciplinas que constituíam o saber medieval, dentre elas a lógica e a ética, mas também se lastreou

de la renovación del derecho de la Iglesia y del derecho secular em la Alta Edad Media se encontró así en la misma ciudad”.

¹⁶⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, cit., p. 44. De mesma opinião, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., p. 354.

¹⁶⁷ Para um amplo desenvolvimento das razões que permitiram à Escola de Bologna a difusão do direito romano na Europa em geral, o que não comportaria exame no bojo da presente investigação, sob pena do seu desvirtuamento, ver COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., pp. 244-264.

no estudo dos textos de Justiniano em sua versão completa e original¹⁶⁸. Dela se seguiram outras tantas, o que marca o período de difusão da fundação das Universidades europeias.

O método utilizado era o da *glosa*¹⁶⁹, que partia do pressuposto de que o texto do *Corpus Iuris Civilis* constituía a própria perfeição, com contradições apenas aparentes que, por isso, deviam ser tão somente superadas¹⁷⁰. Não lhes era permitido, portanto, ir além do que nele se continha, tudo a partir de uma interpretação literal dos seus dispositivos, sem construções jurídicas inovadoras.

Sem prejuízo do inegável trabalho de sistematização da riqueza do texto romano, talvez neste ponto resida a maior crítica que possa ser oposta aos glosadores: a completa ausência de compreensão histórica da produção jurídica sobre a qual voltaram o seu estudo¹⁷¹. Ou seja, os glosadores não souberam perceber que o direito romano era o produto de uma civilização determinada que, por isso, não podia ser considerado como um modelo universal e eterno de regulação da vida privada¹⁷²; deixaram, por isso, de considerar toda a produção subsequente que, sem prejuízo das suas imperfeições, representava a concretização viva de uma prática jurídica no seu tempo.

¹⁶⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História...*, cit., p. 237.

¹⁶⁹ Pela complexidade do método e pela incompatibilidade do seu estudo aprofundado no seio da presente investigação, cumpre lançar mão do conceito extraído de COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História...*, cit., p. 240, *in verbis*: “Constituía num processo de exegese textual já antes utilizado em domínios culturais estranhos ao direito. Cifrava-se, de início, num pequeno esclarecimento imediato, via de regra, numa simples palavra ou expressão, com o objectivo de tornar inteligível algum passo considerado obscuro ou de interpretação duvidosa. Eram nótulas ou apostilas tão breves que se inseriam entre as linhas do manuscrito que continham as normas analisadas. Chamavam-se, em consonância, *glosas interlineaes*. Com o tempo, as interpretações tornaram-se mais completas e extensas. Passaram a referir-se, também, não apenas a um trecho ou a um preceito, mas a todo um título. Escreviam-se, por isso, na margem do texto. Daí adveio a designação de *glosas marginais*, que chegaram a formar uma exposição sistemática (“apparatus”)”.

¹⁷⁰ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., p. 59 e 61. Desta crença provém a expressão medieval “in hortulo júris nil spinosum”, ou seja, “não há espinhos no jardim da lei”; neste sentido: CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução...*, cit., p. 70, nota 39. É fruto da glosa, de outro modo, a criação das bases da doutrina da analogia, tal qual encontrada nos manuais pandectistas do século XIX, pois através dela extraíam o direito romano do próprio direito romano.

¹⁷¹ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., p. 60.

¹⁷² CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução...*, cit., p. 71.

Elaborou-se, em razão desta especial peculiaridade, uma ciência jurídica de caráter demasiadamente abstrato¹⁷³, crítica que serviu de base ao desenvolvimento dos trabalhos posteriores¹⁷⁴ pelos comentaristas dos séculos XIV e XV¹⁷⁵.

Exatamente por isso é que enquanto os glosadores empregaram a glosa como método, é natural de se esperar que, pela designação, a técnica utilizada subsequentemente seja o próprio comentário apostado ao texto romano e, por isso mesmo, menos preocupado com a sua forma e mais com o seu conteúdo; em outras palavras, preocuparam-se mais em esclarecer o preceito jurídico em si do que a palavra singular¹⁷⁶.

A metodologia utilizada veio fortemente influenciada pela escolástica, lastreada, portanto, na lógica aristotélica, com um sistema de argumentação, debate e polêmica que, por vezes, conduzia a excessos corporizados em discussões intermináveis sobre trivialidades. Daí a produção de um direito erudito e essencialmente acadêmico que, a par de professoral, pois voltado ao ensino jurídico, demonstrou um maior interesse para além do *Corpus Iuris*, relegando atenção às realidades sociais da época e elaborando doutrinas de valor prático que vinham não apenas a complementar o “*ius proprium*” vigente (direito particular de um país, região, cidade autônoma ou corporação), mas até a servir-lhe de método de estudo e de complemento às suas lacunas¹⁷⁷.

¹⁷³ CAENEEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 72.

¹⁷⁴ O período de criação da Escola dos Glosadores teve o seu apogeu com a elaboração da *Summa Codicis*, de Azzone, e, por último, da *Glosa ordinária* de Acúrsio, este com especial aproveitamento dos trabalhos que lhe antecederam, fazendo-os supérfluos. A respeito, com uma evolução mais detalhada dos diversos glosadores que sucederam a Irnerio, conhecido como pai da Escola de Bologna, ver WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., pp. 61-62.

¹⁷⁵ A designação pós-glosadores é também muito usual. Todavia, é tida pela doutrina como indigna, pois não se tratou de uma mera continuidade do trabalho anterior, mas de uma nova forma de ver a produção jurídica a partir dos textos romanos. Por isso as designações comentaristas (comentadores) ou conciliadores apresenta-se preferível. Neste sentido, WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 62; CAENEEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 74; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., p. 265; preferindo, ao invés, a designação *conciliadores*, por entender que comentaristas poderia ainda fazer alusão ao método da glosa, ver WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, reimpressão, p. 79, nota 6.

¹⁷⁶ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 62.

¹⁷⁷ CAENEEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 74-76. Ainda segundo o autor, a sua produção foi vasta, não se restringindo às *lecturae* (aulas ministradas), sendo complementadas pelos comentários

Toda esta sistemática de estudo, com atenção ao direito vigente e considerando o fato de que uma série de clérigos estudou nas Escolas dos Glosadores e dos Comentadores, criou o cenário propício a viabilizar a estruturação do “*ius commune*”, com a fusão do direito romano, do direito canônico e do direito estatutário, e a criação de uma série de novas figuras jurídicas, valendo-se não mais da analogia dos glosadores, mas da própria interpretação extensiva¹⁷⁸.

A produção jurídica do período é rica¹⁷⁹, passando a gozar de tanta autoridade que talvez o seu maior expoente, Bártolo da Sassoferrato, chegou a ter, em vários países, a sua obra traduzida para a língua local, com atribuição de força vinculante às suas opiniões doutrinárias¹⁸⁰.

Neste cenário de viva retomada do direito romano através dos glosadores e dos comentários, é possível situar a forma como foram tratados os temas que constituiriam o campo de interesse da futura responsabilidade civil. Considerando que a base de trabalho de ambas as Escolas foi o direito romano na sua feição justinianeia, é previsível que a sua forma de gerir a imputação de danos tenha prevalecido, o que já era deveras produtivo, tendo em vista o seu evidente desenvolvimento a partir do trabalho dos juristas bizantinos em comparação com a produção dos clássicos.

Assim é que mesmo após as glosas e os comentários que lhe seguiram, é possível afirmar que a ação aquiliana ainda mantém a sua dupla função (penal e ressarcitória), não obstante seja possível verificar, na esteira do que já fora sentido em

enciclopédicos (*lecturae* complementadas por debates acadêmicos e discursos sobre problemas específicos), pelos tratados e pelos *consilia* (pareceres jurídicos sobre um caso real).

¹⁷⁸ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., pp. 64 e 66.

¹⁷⁹ As produções sucessivas dos comentadores aliada à preocupação de encontrar soluções não romanas, mas, sobretudo, de produzir um direito adaptado à sociedade medieval com base no direito romano e profundamente influenciado pelas concepções do direito canônico permitiu a estruturação desta riqueza. A respeito, DAVID, René. *Os grandes sistemas...*, cit. 45. Ainda a respeito do tema, com uma abordagem aparentemente mais ampla, em especial acerca da realidade alemã, WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., p. 186.

¹⁸⁰ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., p. 67. Nesta linha e para uma ampla explanação sobre a influência de Bártolo no direito português, ver SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **Bártolo na História do Direito Português**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 12, 1960, separata. Ainda, ROSSI, Giovanni. **Bartolo da Sassoferrato alle origini della moderna trattatistica giuridica: note di lettura sul «Liber Minoricarum»**. Studi Umanistici Piceni, Verona, 2012, pp. 15-44. Disponível em: < https://www.academia.edu/4999567/G._Rossi_Bartolo_da_Sassoferrato_all_e_origini_della_moderna_trattatistica_giuridica_note_di_lettura_sul_Liber_Minoricarum_>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Justiniano, certa marginalização da sua função punitiva associada a uma generalização do seu viés reipersecutório, tudo em razão da percepção de que a cumulatividade de ações poderia induzir em uma dupla indenização¹⁸¹.

De igual sorte, é digna de nota uma evidente tendência de ampliação da *actio legis Aquiliae* para além dos danos causados à coisa, com o intuito de abranger, de um modo geral, os prejuízos diretos sofridos pelo patrimônio de alguém¹⁸². Não obstante este esforço, a feição delitual da imputação de danos se mantém no direito intermédio, não se podendo, ainda, pensar em uma pretensão geral de indenização, que somente se viabilizará no período subsequente¹⁸³.

Por fim, um dos grandes contributos do período, por certo bastante auxiliado pelo influxo canônico na mesma direção, diz respeito ao manejo da culpa, que se tornaria essencial e indelével pressuposto subjetivo da previsão do ilícito¹⁸⁴, assumindo significado genérico (*elemento soggettivo della fattispecie dell'illecito*) no âmbito do qual se inseririam não só as suas figuras estritas (*culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levior* e *culpa levissima*), mas também o *dolus verus* (*culpa latissima*) e o *dolus praesumptus* (*culpa latior*)¹⁸⁵. Seu tratamento, contudo, a par de ter sido erigida – muito mais por influência da Igreja, é verdade – a fundamento da imputação, deu-se

¹⁸¹ CERAMI, Pietro. **Profili storici della responsabilità civile**. Europa e diritto privato, Milano, n. 2, 2008, pp. 459 e 466.

¹⁸² Neste particular, parece relevante o debate sobre o alcance deste alargamento na direção dos danos não patrimoniais. Enquanto WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 91, sustentam que os referidos restavam excluídos do âmbito da *actio* pela regra *liberum corpus nullam recipit aestimationem*, CERAMI, Pietro. **Profili...**, cit., p. 467, entende ser atribuível aos comentaristas uma progressiva superação da patrimonialidade estrita do dano aquiliano, o que se deveu à configuração e à progressiva extensão da *actio damni culpa dati à fattispecie* do dano moral. Considerando toda a sorte de dificuldades que a ampla reparação dos danos de ordem não patrimonial enfrentaram ainda no século XX, com todo o avanço da ciência jurídica no que tange à proteção da pessoal, parece pouco crível que o patrimonialismo medieval tenha chegado a tanto.

¹⁸³ O aludido esforço de alargamento vem corporizada na concessão, pelos glosadores, de *actio legis Aquiliae utilis* não apenas nos casos de lesão corporal causada a um homem livre, mas também para caso de sua morte, com a indenização de todos os gastos dela decorrentes, inclusive o prejuízo pelo desaparecimento do alimentante. De igual modo, na ampliação do conceito de interesse, especialmente com o intuito de demarcar a definição de danos e prejuízos, com uma compreensão, nos comentaristas, de uma compreensão no seu sentido mais amplo, associada à ideia de *iustas utilitas alicuius*. A este respeito, WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., pp. 91-92.

¹⁸⁴ CERAMI, Pietro. **Profili...**, cit., p. 467; igualmente, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 310.

¹⁸⁵ TALAMANCA, Mario. **Colpa civile (storia)**. In: Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1960, sezione II, v. VII (Cir-Comp), p. 527. Segundo o autor, mesmo entre os comentaristas não há um consenso absoluto sobre as diversas classificações e qualificações de *culpa*, oscilando entre um número total de cinco (Bártolo) e seis (Saliceto e Jean de Blanot) figuras.

pautado por uma preocupação demasiado classificatória¹⁸⁶, o que para além de ter permitido a estruturação de um refinamento conceitual amplo, restou, de certo modo, por prejudicar uma visão de conjunto dos pressupostos da responsabilidade civil, tendência que ainda produz frutos até os dias atuais¹⁸⁷.

Neste cenário, é inegável destacar a formação, especialmente após o trabalho dos comentadores¹⁸⁸ e em paralelo ao desenvolvimento do direito canônico, que se adiante tratará, do denominado *ius commune*¹⁸⁹, designação empregada a aludir ao sistema normativo de matriz românica que constituirá a base da experiência jurídica da Europa até o fim do século XVIII, frequentemente contraposto aos diversos *iura propria* concomitantemente vigentes nos diversos reinos ou mesmo cidades autônomas, formado por normas de origem legislativa e costumeira¹⁹⁰.

2.2.2 O papel do direito canônico

Nesta sequência, cumpre fazer referência às contribuições do direito canônico ao direito privado, o que é deveras complexo, diante da ausência de uma forma estanque de ação; daí a dificuldade mesmo em situá-lo num plano de estudos.

Isso porque já desde a conversão dos governantes romanos ao cristianismo essa influência passou a ser sentida de modo mais explícito¹⁹¹, o que não foi diverso

¹⁸⁶ Para um panorama da forma como a culpa foi tratada pelos comentaristas, com referência às suas diversas classificações e os seus desdobramentos, ver WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 88. De igual modo, TALAMANCA, Mario. **Colpa civile...**, cit., pp. 527-529.

¹⁸⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 310

¹⁸⁸ Com atribuição aos Comentadores do processo de formação e de europeização do *ius commune*, ESCUDERO, José Antonio. **Curso...**, cit., p. 429.

¹⁸⁹ Para uma compreensão mais aprofundada do que representou o *ius commune*, amplamente lastreado na *interpretatio* e, portanto, fruto muito particular da criação de um período, e da forma como se dava a sua coexistência com os *iura propria*, ver GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 2ed. Roma/Bari: Laterza, 1996, pp. 227-235.

¹⁹⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., pp. 285-286.

¹⁹¹ Embora a aparente discutibilidade da influência cristã sobre o direito romano das compilações, é certo que já a partir de Constantino a aceitação da nova fé passa a produzir frutos, nomeadamente em decorrência de uma deliberada opção de participar dos assuntos não religiosos. Daí ser notória a influência de uma legítima ética cristã, em especial nos trabalhos de Justiniano e na edição do seu *Corpus Iuris*. Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984, v. I, pp. 149-151.

com os reis germânicos ou mesmo durante toda a Idade Média, em que o poder e a influência da Igreja só faziam aumentar no cenário sociopolítico então existente.

Para tanto, é de se ter em conta que após a queda do Império do Ocidente, a Igreja mantém-se como a grande – se não a única – realidade institucional ainda vigente, formando uma espécie de ponte entre a antiguidade e o medievo¹⁹². Daí ser natural o fortalecimento da sua importância enquanto referência política e, por consequência, do seu direito enquanto norteador das relações jurídicas, mesmo entre os privados, quanto mais porque disciplinava múltiplos aspectos que hoje são relegados ao direito estatal¹⁹³ e apresentava uma estrutura fortemente capilarizada e por isso capaz de chegar aos mais remotos confins rurais através da sua organização paroquial¹⁹⁴.

A formação do direito canônico dá-se fortemente lastreada nos seus preceitos de ordem espiritual e fundada nos textos sagrados que lhe servem de base, mas deveras influenciada pelas novas formas de estudo do direito romano que, sob o seu exemplo, permitiu o estabelecimento de uma disciplina igualmente independente, ainda que conectada com a teologia e a ética. O certo é que o direito canônico reconheceu de modo expresso a autoridade do direito romano – quando não conflitante com os seus cânones –, tendo coincidido a retomada deste e a formação daquele com uma maior atenção da Igreja para as questões de natureza jurídica então necessárias à sustentação de uma política centralizadora do poder eclesiástico¹⁹⁵.

Nesta linha, quando se pretende mencionar a forma como o direito canônico tratava das consequências associadas à gestão do ilícito, sejam elas penais ou civis, não há como deixar de relevar os preceitos subjacentes ao modo como tal se

¹⁹² Isso, contudo, não impediu mesmo a Igreja de ter alguma fragmentariedade no seu direito e até certo afastamento de determinadas regiões da sede romana, tal qual sucederam com as Igrejas hispânicas, situação que somente se altera em definitivo a partir do Papa Afonso VI e dos trabalhos de sistematização de Graciano de Bolonha. A respeito, SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**. Fontes de Direito. 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 158.

¹⁹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., p. 272.

¹⁹⁴ GROSSI, Paolo. **L'ordine...**, cit., p. 109.

¹⁹⁵ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 91-92. Segundo o autor, o estudo do direito romano foi imprescindível à formação dos canonistas, “pois foi das escolas dos civilistas que os canonistas aprenderam a ‘gramática’ do direito erudito, e foi nelas que assimilaram os métodos, os conceitos fundamentais e a terminologia jurídica”.

processava na dogmática cristã. Assim, estando em Deus o fundamento de punir e sendo a atribuição de pena uma função específica da justiça divina, a associação entre delito e pecado autorizava uma concreta ingerência da Igreja nesta seara. Tanto que é com a introdução dos preceitos cristãos no direito que a imposição da pena assume um significado de experiência espiritual, passando a ser percebida como a dor que redime¹⁹⁶ e não mais apenas como a solução de uma controvérsia entre privados.

No que diz respeito ao objeto hoje tratado pela responsabilidade civil, o direito canônico¹⁹⁷ não produziu, no período intermédio, uma concepção jurídica alternativa ao direito secular então vigente, valendo-se das fontes romanas – que lhe eram satisfatórias – em especial após as construções justinianeias¹⁹⁸. A sua atenção deteve-se muito mais nas figuras típicas de transgressão, de modo a deixar de empreender esforços em uma elaboração aprofundada acerca do estudo analítico do delito em si, enquanto categoria geral, situação que só se vem a alterar após o advento do *Codex Iuris Canonici*¹⁹⁹. O certo é que, desde logo, restou assentada a noção de que todo delito era pecado, mas nem todo pecado era delito, uma vez que este pressupunha uma grave culpa moral²⁰⁰.

Esse atrelamento à culpa moral basta a evidenciar que o influxo canônico foi muito mais relevante no que viria a se chamar de “ideologia” da futura responsabilidade civil do ocidente do que em relação à estrutura dos seus conceitos em si, tendo o aprofundamento do elemento subjetivo do delito consequências

¹⁹⁶ COSTA, Fausto. **Delitto e pena nella storia del pensiero umano**. Torino: Fratelli Bocca, 1928, pp. 37-41.

¹⁹⁷ É importante destacar que o direito canônico tinha um âmbito de aplicação deveras alargado na Idade Média, com inúmeras competências civis, não só *ratione materiae* (puras ou mistas, dentre elas os assuntos matrimoniais, os esponsais, os dotes, os testamentos e os contratos fortalecidos com juramento), mas também *ratione personae* (relativas aos clérigos e aos *miserabiles personae*, dentre eles os pobres, as viúvas e os órfãos); daí a sua importância à formação do direito privado contemporâneo. A este respeito, ver WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 50.

¹⁹⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 309.

¹⁹⁹ VITALE, Antonio. **Delitti (diritto canonico)**. In: CALASSO, Francesco (coord.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, v. XII, p. 31.

²⁰⁰ ROBERTI, Francesco Card. **Delitti e Pene (diritto canonico)**. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (coord.). *Novissimo Digesto Italiano*. 3ed. Torino: UTET, v. V, 1957, pp. 404-405.

dogmáticas muito expressivas²⁰¹, cujos influxos desaguarão na noção de responsabilidade assentada pela codificação oitocentista.

A culpa, então, deixa de ser o instrumento de distinção entre o dano intencional, o dano negligente e o dano casual, como ocorria no direito romano, para se tornar, de algum modo, a própria justificação da imputação²⁰², na medida em que representava uma reprovação moral em relação ao agir do sujeito, um juízo negativo de moralidade²⁰³. Seu conteúdo, contudo, a par da sua importância enquanto embrião do real fundamento da imputação, apresenta-se por vezes confuso, aparecendo ora como figura autônoma de culpabilidade, ora como causa diminuidora de imputabilidade²⁰⁴.

Daí ser possível afirmar que os pressupostos do delito para o direito canônico eram a imputabilidade subjetiva, um elemento objetivo e a lei penal, mantendo-se uma vinculação estrita entre imputabilidade penal e imputabilidade moral, (dolosa ou culposa), tudo consoante a tradição romanística²⁰⁵.

Desenvolve-se sobremaneira, de igual modo, embora não associada exclusivamente ao direito canônico, mas fortemente lastreada nos seus pensadores, a teoria do livre arbítrio como justificadora da imputação de responsabilidade. Ora, sendo o indivíduo dotado de livre-arbítrio, que nada mais é do que uma propriedade da vontade humana pela qual ele está autorizado a eleger ou rejeitar algo, a aceitação da sua existência é que autorizaria a imputação de responsabilidade por meio de uma pena nas situações em que a opção recaísse sobre algo contrário ao direito²⁰⁶. Em outras palavras, a opção pelo pecado é que justificava a sanção nas suas mais variadas modalidades, dentre elas a imposição de um dever de reparação.

²⁰¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 310-311.

²⁰² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 311. Neste aspecto, merece registro que o dolo tem acepção diversa no direito canônico daquela vigente no direito secular. Enquanto para este basta que o agente tenha almejado o evento danoso em que consiste o delito, para aquele se exige também a consciência da ilicitude do fato materializada na precisa vontade de violar a lei (*deliberata voluntas violandi legem* – can. 2200 § I). Com maiores aprofundamentos sobre este ponto, VITALE, Antonio. **Delitti...**, cit., v. XII, p. 33.

²⁰³ VITALE, Antonio. **Delitti...**, cit., v. XII, p. 33.

²⁰⁴ VITALE, Antonio. **Delitti...**, cit., v. XII, p. 34.

²⁰⁵ ROBERTI, Francesco Card. **Delitti e Pene...**, cit., pp., 404-405.

²⁰⁶ COSTA, Fausto. **Delitto e pena...**, cit., pp. 53-54.

Estas ponderações permitem antever um recrudescimento da figura do lesante em detrimento da do lesado, fazendo com que a conduta – no caso, o ilícito em si – tenha preponderância para o direito em relação às suas consequências. Com a influência canônica, o lesado, que tinha certo destaque na gestão dos delitos privados romanos por meio do seu – e somente seu – direito de ação, deixa de ser objeto de especial atenção, que passa a estar centrada na figura do causador do dano, do pecador, com o nítido intuito de reprová-lo, sancioná-lo, redimi-lo, enfim, todos estes objetivos concomitantemente por meio da pena²⁰⁷.

Não obstante a criação da máxima *damnum sentit dominus* seja romana, parece que a canonística é que lhe deu plena exequibilidade ao centrar o objeto da gestão do ilícito no juízo de reprovação pelo pecado cometido – ou seja, na pessoa do lesante/pecador –, o que deu azo ao germe da dogmática que ganharia corpo na codificação oitocentista, no sentido de que não existe responsabilidade sem culpa (culpa enquanto fundamento e não como mero pressuposto).

Todas estas ponderações, contudo, são concomitantes ao desenvolvimento do direito secular no período intermédio e estão aqui topograficamente postas apenas para fins de divisão metodológica; por isso, não são propriamente anteriores ao período moderno que adiante se verá, guardando com ele estreita relação de desenvolvimento de uma série de conceitos hodiernamente fundamentais.

2.2.3 O período moderno (O Humanismo e o Jusracionalismo)

No curso do ora dito período moderno, é possível observar um refinamento das ciências de um modo geral, o que se reflete no estudo jurídico. Neste cenário, dois movimentos são dignos de exame particularizado, nomeadamente em decorrência dos seus contributos à ciência do direito que, em conjunto com todos os desenvolvimentos posteriores, cada qual ao seu modo e no seu espaço, formarão o cenário que permitirá a sedimentação das noções atuais de responsabilidade civil.

²⁰⁷ Consoante observa CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 311, a partir da influência do humanismo cristão, o agente passa a ser objeto de uma censura que, em instância diversa, permite contribuir à formação e à demarcação do âmbito da responsabilidade.

O primeiro deles é o humanismo renascentista²⁰⁸, última Escola a tratar da retomada do direito romano, mas já sob um viés moderno e, por isso, marcado não por um esforço de continuação dos trabalhos anteriores, mas de ruptura com o método da glosa e dos comentários, em razão do seu objetivo de restauração erudita dos textos da antiguidade clássica²⁰⁹.

Em verdade, os humanistas devotavam um “impiedoso desdém” pelo produto advindo da Idade Média, o qual também se estendia à sua produção jurídica, que era acusada de ter deturpado a pureza original do direito romano. Assim é que os seus estudiosos, por meio dos métodos histórico e filológico e partindo do pressuposto de que o *Corpus Iuris* era um fenômeno próprio do seu tempo, o que não lhe permitia ser tido como algo sagrado e imutável, puderam bem perceber interpretações equivocadas e anacrônicas do texto romano a que chegaram seus antecessores, corrigindo-as²¹⁰.

Sem prejuízo de um inegável contributo ao conhecimento autêntico do direito romano e à própria ampliação dos horizontes da ciência jurídica, o que somente foi possível após o trabalho humanista, não há dúvidas que o seu modo de investigação conduziu à produção de um direito deveras teórico e professoral²¹¹, de tendência erudita, em contraponto ao grande senso prático dos comentadores²¹². Daí que o direito romano de tradição bartolista continuou sendo largamente aplicado na solução dos problemas concretos, permitindo a formação de uma geração de juristas

²⁰⁸ Segundo COSTA, Fausto. **Delitto e pena...**, cit., p. 61, o humanismo e o renascimento representam a dupla fonte de oposição à degeneração do tomismo, pois o primeiro tende a um integral conhecimento da tradição antiga e, o segundo, através da investigação empírica, a afastar os velhos preceitos que impediam a plena compreensão da natureza. Para CLAVERO, Bartolomé. **Institucion...**, cit., p. 65, o humanismo pode ser considerado como o renascimento das humanidades que se projeta sobre o direito com o intuito de promover uma revisão da jurisprudência e das leis, do *ius commune* e dos *iura propria*, bem como das suas bases culturais, não obstante também se realize por motivações e com objetivos religiosos e jurídicos.

²⁰⁹ Um apanhado completo dos reflexos do humanismo nas ciências, especialmente na jurídica, demandaria uma investigação própria e, por conseguinte, deveras extensa para ser inserida no corpo do presente estudo. A este respeito, por isso, ficam as indicações bibliográficas de COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., p. 354, nota 3. Todavia, não se pode deixar de referir, como o faz COSTA, Fausto. **Delitto e pena...**, cit., p. 62, que, em linhas gerais, foi o humanismo que deu ao indivíduo a consciência da própria criatividade, permitindo-lhe, a partir da tradição antiga, perceber a sua capacidade de construir um mundo genuinamente seu.

²¹⁰ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 78-79.

²¹¹ ESCUDERO, José Antonio. **Curso...**, cit., p. 429.

²¹² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., p. 358.

disposta a preservar os avanços do direito medieval e, em paralelo, seguir os preceitos mais amplos do humanismo²¹³.

No que tange aos seus reflexos sobre os temas correlatos à responsabilidade civil, não há como se destacar, ainda, a manutenção de uma indiferença entre os tratamentos civis e penais do ilícito, remanescendo à *lex Aquiliae* recepcionada do direito romano uma função estritamente indenizatória²¹⁴.

De igual sorte, certa influência do influxo canônico faz-se sentir quando do tratamento da obrigação *ex delicto*, pois, segundo Donellus, expoente do humanismo jurídico, “[m]aleficium est delictum, et peccatum”²¹⁵. Assim, o conteúdo das expressões delito e pecado apresenta-se ainda entrelaçado, o que contribuiu ao trabalho de sedimentação da culpa enquanto juízo de censura²¹⁶ e, paralelamente, enquanto fundamento intransponível da imputação²¹⁷.

A intensidade deste fenômeno, contudo, pode ser diversa nos mais variados cenários europeus, até mesmo em decorrência das influências que os movimentos de reforma e contrarreforma produziram nos pensadores do humanismo jurídico²¹⁸. Nesta linha, não obstante seja evidente uma generalizada imposição do princípio da culpa enquanto fundamento da imputação, é possível assinalar na Alemanha, por exemplo, já nesta altura, a recepção de uma ação aquiliana não mais

²¹³ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 81-83. Segundo o autor, a oposição entre os denominados *mos italicus*, expressão cunhada para designar os comentaristas, e *mos galicus*, para fazer referência aos humanistas, não era absoluta, podendo ser identificada uma Escola intermédia, disposta a conciliar os valores humanistas com uma aplicação pragmática do direito. Tanto que mesmo os códigos nacionais editados com base nos preceitos da Escola do Direito Natural não foram suficientemente eficientes para dissipar os preceitos de ambas, podendo-se antever, por exemplo, no direito das obrigações subsequente, ainda uma influência dos comentaristas e, na cultura geral do ensino jurídico, um viés humanista.

²¹⁴ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 206-207.

²¹⁵ “O malefício é delito e pecado”. A citação e a tradução do latim foram extraídas de CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 310, nota 1103.

²¹⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 311.

²¹⁷ Da doutrina penal acerca do período humanista também é possível extrair essa referência à ideia de culpa enquanto fundamento de justificação da pena. Segundo COSTA, Fausto. **Delitto e pena...**, cit., p. 65, “[p]ressuposto della pena è adunque la colpa; donde Il rimorso, l’amaro e dolce rimorso di chi, come la Maddalena, mentre sofre ricordando Il male compiuto, ama, tuttavia, Il próprio tormento, perché, in esso, vede l’attuazione della giustizia e la via alla virtù”. É notório um recrudescimento do caráter subjetivo da culpa em decorrência da agregação das noções de expiação e arrependimento, na sequência das contribuições já oferecidas pelo direito canônico acerca do tema em período precedente.

²¹⁸ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 81.

mista (quicá com prevalência de um viés punitivo), mas essencialmente limitada a uma função indenizatória pura²¹⁹.

Assinala-se, de igual sorte, um incremento da tendência de alargamento da *actio legis Aquiliae*, não apenas por meio das suas aplicações extensivas (*actio utilis* ou *in factum*), a abranger não apenas os danos à coisa, mas ainda outros prejuízos patrimoniais indiretos, como também da própria ampliação dos danos ressarcíveis, por meio do reconhecimento, especialmente no direito germânico, de indenizações por danos não patrimoniais (*Schmerzensgeld*). Não obstante isso, ainda não foi possível chegar a uma autêntica obrigação geral de indenizar por danos causados à personalidade, sem prejuízo de que, no século XVI, possa-se já falar em uma cláusula aberta de danos patrimoniais²²⁰.

A culpa, de igual modo, ganha papel de destaque na atenção dos estudiosos, especialmente em razão da sua assumida relevância para fins de justificativa da imputação. Todavia, em evidente ruptura com a tendência bartolista, as suas usuais seis espécies são substituídas por apenas duas, a culpa *lata* e a culpa *levis*, inserindo-se no conteúdo desta as noções de culpa leve e levíssima (não como espécies, mas como graus) e, no daquela, as noções de culpa *ignaviae* e a de culpa *versutiae*, com evidente reconstrução do lugar ocupado pelo dolo²²¹. Nota-se, com isso, não apenas uma reaproximação com as origens romanas, mas um nítido refinamento do conteúdo dos conceitos por meio do tratamento das noções de negligência e de diligência.

A evolução tende a aperfeiçoar-se na obra de Donellus, na qual o elemento *iniuria* vem especificado, retomando a ideia do previsível não previsto. Nas palavras do autor, culpa é “*omne factum inconsultum, quo nocetur alii iniuria*”, definição que, em verdade, aproxima-se muito mais da noção de ilícito culposos do que de culpa propriamente dita, a qual constitui apenas o elemento subjetivo daquele²²². Pela

²¹⁹ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., p. 207.

²²⁰ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., p. 206.

²²¹ TALAMANCA, Mario. *Colpa civile...*, cit., p. 531.

²²² TALAMANCA, Mario. *Colpa civile...*, cit., p. 532. De igual modo, as observações de CASTRESANA, Amelia. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 84.

forma como se desenvolve a cultura jurídica a partir de então, parece ser este o germe do conceito de *faute* e da sua confusão com os pressupostos da ilicitude e da culpa.

Assim, em paralelo ao dolo, que passa a abranger as noções de culpa *latior* e de culpa *latissima* tratadas pelos comentadores e tende a colocar-se de modo autônomo em relação à culpa, são tratadas a culpa *lata*, vinculada à ideia de conhecimento do perigo, e de culpa *levis*, associada à noção de imprudência e apta a abranger a até então autônoma culpa *levissima*²²³.

A par de todas estas discussões de relevância inegável ao conhecimento da formação da dogmática da culpa – mas talvez não tão relevantes ao fim a que, por ora, se propõe o presente estudo, qual seja, apresentar um panorama da evolução da ideia de responsabilidade por meio da estruturação dos seus pressupostos –, é inegável reconhecer que o humanismo deu expressivo contributo à formação de uma disciplina própria voltada à gestão dos danos de modo autônomo do seu tratamento penal. Assim é que os desenvolvimentos destas ideias permitirão, em conjunto com os esforços subsequentes, chegar-se ao conceito de responsabilidade civil solidificado pelo *Code* de 1804 e pelos que lhe sucederam²²⁴.

Na sequência cronológica do humanismo²²⁵, cumpre destacar a importância do jusnaturalismo e, mais particularmente²²⁶, do jusracionalismo²²⁷ na

²²³ TALAMANCA, Mario. **Colpa civile...**, cit., p. 531. Segundo o autor, para Donellus, “[l]a caratteristica della *culpa levis* (De iure civili, 16, 7, II) è l’imprudentia: per questa si differenzia dal *dolus*, che è *laesio et fraudatio consulto et data opera*, e dalla culpa lata, che è propria di colui che conosce il pericolo o deversi ritenere che lo conosca, perche tutti lo conosco”. A culpa *levissima* não é de todo suprimida; apenas se lhe nega autonomia em relação à culpa leve, pois se trata tão somente de uma diferença de qualidade e de quantidade que não justificaria a sua autonomia.

²²⁴ Sem prejuízo das contribuições fornecidas pelo humanismo, parecem oportunas as ponderações de que caso tivesse sido levada ao extremo a tentativa, em matéria de imputação de danos, de recuperação do pensamento clássico em detrimento dos sucessivos contributos fornecidos pelas várias escolas de retomada do direito romano que se seguiram, o resultado poderia ter sido muito diverso do obtido; felizmente não o foi. Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 311. O êxito final deveu-se, por certo, à conjugação dos diversos fenômenos pela aplicação prática do direito que, de algum modo, ainda manteve-se fiel ao bartolismo em diversos aspectos, não obstante sua disposição de aderir à nova visão de direito proposta pelo humanismo.

²²⁵ É de se destacar, contrariamente ao que ocorreu quando da sucessão entre a Escola dos Comentadores e o humanismo, que há uma tendência de continuidade por parte do jusracionalismo. Tanto que é usual afirmar-se que, especialmente na Alemanha, os precursores do jusracionalismo têm as suas raízes no humanismo e na reforma protestante; assim, WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 318 (§ 16, II, 1).

estruturação do conteúdo da responsabilidade civil. Isso porque as doutrinas do direito natural²²⁸ dos séculos XVII e XVIII, ao colocarem a razão como fonte das normas jurídicas, permitiram um repensar em conjunto dos diversos pressupostos da imputação civil até então apresentados²²⁹.

²²⁶ Na exata observação de WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 280 (§ 15, I, 1), o que bem contribui à compreensão dos fenômenos em paralelo, “[o] jusracionalismo não constitui senão um curto capítulo histórico das muito mais vastas manifestações do jusnaturalismo”.

²²⁷ O conteúdo da designação é vastíssimo, sendo mesmo temerário pretender-se aqui a sua abordagem, mesmo que em linhas gerais, quanto mais porque o que se objetiva é demonstrar as diversas acepções da ideia de responsabilidade ao longo da evolução da ciência jurídica. Contudo, algumas noções – e especialmente para fins de se situarem as considerações que se seguirão – merecem ser postas. É notório destacar uma série de desconexões associadas ao período, o que permitirá a estruturação do direito com maior autonomia, fundado na razão humana. O período vem indubitavelmente marcado pela abolição das velhas tradições jurídicas, sendo a crítica à recepção do direito romano o objeto mais frequente delas. Segundo os pensadores do período, a vida de uma sociedade não poderia estar desconectada da realidade; necessitava-se, portanto, superar o dogma de que o que era antigo era bom e respeitável, substituindo-se a fé na tradição pela crença no progresso. Daí que a produção jurídica deveria ter um número mais reduzido de normas, mas dotadas de maior certeza, com uma abordagem sistemática e sem autoridades externas extraíveis da tradição ou de um saber sacralizado, mas fruto da própria razão humana e, portanto, livre de obscurantismos. A este respeito, CLAVERO, Bartolomé. **Institucion....** cit., p. 77; igualmente, CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 161-164. Para um amplo apanhado dos “graus de evolução” do moderno jusracionalismo, ver WIEACKER, Franz. **História...**, cit., pp. 303-305 (§ 15, IV, 11).

²²⁸ A expressão *direito natural* não é fruto do século XVIII, sendo frequente já nas tradições grega, romana ou mesmo cristã. Todavia, o alcance da designação aqui posta é bastante diverso dos anteriores, pois rejeitava algo que fosse produto de um ser superior (divino ou institucional, no caso do direito romano) ou que se estivesse imiscuído com ideias de justiça, fazendo-se referência apenas à própria natureza do homem e da sociedade como fundamento. Por isso mesmo não é infrequente a preferência pela designação *direito da razão* (*Vernunftrecht*) ao invés de *direito natural* que, todavia, pelo uso indiscriminado, permanece sendo a mais usual. Assim, CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 161-165. Em verdade, considerando que o direito natural que ora se propõe, como dito, mostra-se extraível da própria natureza racional humana e desconectado, portanto, de qualquer religião culturalmente determinada, o próprio conceito de razão se altera; o que antes era “texto e tradição”, agora é “ideia e postulação”. Fala-se não em uma razão produtora de conhecimento formal, mas numa razão que, por ser inerente ao homem, é capaz de compreender e manejar a natureza em si, produzindo um fenômeno jurídico baseado não na autoridade e na tradição, mas no argumento. Nesse sentido, CLAVERO, Bartolomé. **Institucion....** cit., p. 78. Todo este trabalho produzido no âmbito jurídico, consoante DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, cit., pp. 46-47, vem alicerçado em um alto grau de sistematização, de modo axiomático e lógico, a exemplo das ciências ditas duras; substitui-se, portanto, a noção de ordem natural exigida por Deus pela ideia de ordem social sob a consideração do homem, abrindo espaço, assim, à construção da teoria dos direitos subjetivos, que passa a dominar o pensamento jurídico. Essas concepções, aliadas às novas funções reconhecidas às leis pelas doutrinas voluntaristas, é que preparará a via da codificação oitocentista. Para um apanhado geral sobre as várias influências das teorias do direito natural na ciência jurídica como um todo ao longo da sua evolução, ver WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 281 (§ 15, I, 1).

²²⁹ Na perspectiva apresentada por DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, cit., pp. 47-48, é preciso que se perceba a diversidade dos reflexos da Escola do Direito Natural sobre o direito público e sobre o direito privado. Isso porque, em relação a este, não teve uma substância plenamente revolucionária, pois não repudiou de modo absoluto as soluções do direito romano recepcionado; apenas exigiu que elas fossem, antes de aplicadas, examinadas no que tange à sua eventual contrariedade à razão, negando, com isso, a imposição obediente e obrigatória da *communis opinio doctorum*, tal qual, por exemplo,

Assim é que ao partir de um modelo imanente da natureza e da sociedade, o jusracionalismo deu seu maior contributo à ciência jurídica não apenas por meio da inafastável libertação da teologia moral e, por consequência, das *autoridades* da Idade Média, mas especialmente da criação e da concessão ao direito privado de um verdadeiro sistema interno e de um método dogmático próprio materializados na construção a partir de conceitos gerais²³⁰.

Daí que se mostra oportuno verificar as acepções de responsabilidade extraível dos principais pensadores do período²³¹ e, com isso, perceberem-se os seus contributos ao que será sistematizado através do movimento codificatório que se seguirá.

Na obra de Hugo Grotius²³², a discussão sobre o alcance da responsabilidade se centra na identificação do momento em que, numa guerra justa, surge o direito de matar, que vem identificado com um agir ilícito²³³. Ocorre que as

vigente na Península Ibérica e na Itália. Pode ser citada como exemplo da concretização desta nova mentalidade a edição, em Portugal, em 1769, da *Lei da Boa Razão*, que pôs fim à exigência contida nas Ordenações Filipinas de que os juízes observassem piamente as glosas de Ascúrio e as opiniões de Bártolo na aplicação do direito. Com aprofundamentos expressivos sobre a importância e o método empregado em Portugal a partir da *Lei da Boa Razão*, ver COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História...**, cit., pp. 403-409.

²³⁰ WIEACKER, Franz. **História...**, cit., pp. 284, 286 (§ 15, I, 3), 288 (I, 4) e 306 (§ 15, V, 2). Ainda segundo o autor, a imutabilidade das deduções matemáticas transpostas ao direito permitiu a dedução de leis mais gerais e, daí, de axiomas, concepções que levarão à formação dos sistemas fechados próprios da codificação oitocentista. Ainda sobre os conceitos gerais, é possível sintetizar que a pretensão do jusracionalismo consistia justamente na construção a partir deles – tais como a santidade dos contratos e a inviolabilidade da propriedade, *more geométrico* – de todo o sistema de direito privado; a respeito, WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 222.

²³¹ Segundo CLAVERO, Bartolomé. **Institucion...**, cit., p. 78, contrariamente aos movimentos anteriores, que tiveram lugar especial na Itália e na França, a Escola do Direito Natural foi particularmente alemã, com ampla penetração em toda a Europa continental. Igualmente, observando a preponderância germânica da produção, sem prejuízo da sua influência nos juristas franceses, CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 168.

²³² WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 303 (§ 15, IV, 1), situa-o no grupo que denomina de primeiros pensadores jusnaturalistas, ainda bastante vinculado às tradições escolástica e teológica, não se antevendo na sua obra, portanto, uma ruptura a partir da metafísica antropocêntrica ou mesmo a constituição dos pressupostos metodológicos a viabilizar um sistema jurídico autônomo, mas ainda a invocação de autoridades teológicas e humanistas. Os integrantes deste mesmo grupo vêm denominados por WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 222, como “sistemáticos”, em oposição aos da segunda geração, ditos “analíticos”, e aos da terceira, “sintético”, como adiante se verá.

²³³ Segundo CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 166, as dificuldades no avanço dos desenvolvimentos subsequentes na obra de Grotius deveu-se ao fato de ainda ter produzido sob influência expressiva de fontes como a Bíblia ou mesmo outros textos antigos, inclusive de direito romano. Especialmente no que tange à consideração do direito romano, contudo, o seu fundamento

expressões *illicitum* e *culpa* são tratadas quase que como sinônimos, podendo-se afirmar a existência de uma interpenetração conceitual entre ambas. Diante disso, mostra-se possível falar já em um regime de responsabilidade genuinamente baseado na culpa que, enquanto fundamento, absorve os demais pressupostos, indo ao extremo de recusar qualquer responsabilidade por ato de terceiro (exatamente diante da ausência de culpa pessoal)²³⁴.

Já Samuel Pufendorf²³⁵ extrai o dever geral de não causar danos da ideia básica de *socialitas*²³⁶ por ele defendida, a qual é inerente a cada indivíduo enquanto qualidade antropológica humana estabelecida pela razão. Para ele, o comportamento imputável é pressuposto do dever de indenizar, o que se funda na razão e na possibilidade de, por meio da vontade dela decorrente, prever as consequências do agir e por ela ser considerado responsável nas situações de intencionalidade ou de descuido. Assim que faltando ao agente liberdade ou discernimento, a imputação apresentar-se-ia impossível. Tais construções permitem por fim à discussão até então viva sobre as situações omissivas que permitiriam um juízo de responsabilidade, sendo esta cabível sempre que o agente tivesse um dever de praticar o ato omitido²³⁷.

Em Cristian Thomasius, fruto já de uma terceira geração jusracionalista, vê-se o acesso do pensamento desta Escola aos governantes, permitindo uma mudança

não mais reside na ideia medieval de império, mas no caráter modelar da sua produção, o que se constitui em inegável avanço em relação ao pensamento precedente. Nesse sentido, WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 326 (§ 16, III, 2, c).

²³⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado..., cit., v. II, t. III, pp. 312-313. São de mesma opinião ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicià dell'illecito**. Parte prima: i profili dottrinali. 2ed. Milano: Giuffrè, 1980, p. 273, para quem é possível identificar já em Grotius a estruturação, sem prejuízo da forma ainda de influência romana, especialmente pela alusão a *danno per injuria dato* (sic), de um ambiente novo de estruturação da responsabilidade por danos.

²³⁵ A obra de Pufendorf insere-se já numa segunda geração de pensadores jusracionalistas, na qual é possível antever a ruptura com a teologia moral e a autonomia metodológica de uma ética social profana, viabilizando-se, com isso, espaço à construção de um genuíno sistema no qual os princípios do direito natural apresentassem-se como leis naturais da sociedade. Assim, WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 304 (§ 15, IV, 2).

²³⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre esta qualidade inerente à condição humana, a qual se posta em paralelo ao que denomina *imbecilias*, consistente na dependência do homem em relação ao auxílio dos seus semelhantes, conduzindo, ambas, enquanto axiomas éticos, ao “conceito geral de dignidade moral da vida” ver WIEACKER, Franz. **História...**, cit., pp. 347 (§ 17, III, 2) e 350 (§ 17, III, 3).

²³⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado..., cit., v. II, t. III, pp. 313-314. Na doutrina de Pufendorf admitiam-se até mesmo situações de imputação sem culpa, que vinha lastreadas na *aequitas naturalis*; cita-se, como exemplo, o dever do proprietário de suportar os danos causados a terceiros por seus animais.

concreta, já a partir do início do século XVIII, de uma série de reminiscências do *Ancien Régime* ainda vigentes²³⁸. Relativamente aos seus contributos aos conceitos inerentes à responsabilidade civil, vê-se um desenvolvimento a partir da teoria da imputação pensada por Pufendorf, associando-se, assim, o dever de indenizar à imputabilidade decorrente da vontade livre, a exigir, portanto, dolo ou negligência, o que é feito já a partir de uma depuração expressiva das noções de culpa e de ilicitude, contrariamente do que se verifica nos seus antecessores²³⁹.

Independentemente das várias gerações da Escola do Direito Natural e das suas diversas nuances acerca da noção de responsabilidade civil, é certo que a culpa passa a adquirir especial destaque, sendo os indícios de imputação objetiva absolutamente marginais, a desempenharem, por isso, funções muito similar a das causas de exclusão de responsabilidade²⁴⁰.

Muito embora a Escola de Direito Natural francesa não tenha sido tão expressiva, é digna uma referência a Jean Domat, em especial pela sua influência na formação do Código Civil de 1804, nomeadamente em matéria de responsabilidade civil. Acerca do autor, cumpre assinalar que produziu uma obra ambiciosa, na medida em que tendente a estruturar o direito de acordo com os princípios cristãos e, em paralelo, com critérios racionais, tudo com o fim de chegar a algo válido a todas as épocas e a todos os povos. Não obstante a originalidade sistemática, pois rompia com a tradição de exposição do *Corpus Iuris*, não há uma sensível inovação quando ao conteúdo – até porque não era essa a sua intenção, que residia em uma mudança

²³⁸ Como observa WIEACKER, Franz. *História...*, cit., p. 305 (§ 15, IV, 3), “[a]través da sua intervenção directa extinguíram-se lentamente [...] as fogueiras, calaram-se os estertores dos torturados e dos réus martirizados, desapareceram as antigas penas corporais e de honra, cederam a servidão pessoal e os caducos privilégios, impôs-se uma grande atenção aos direitos individuais, mesmo por parte dos soberanos”, concretizando, efetivamente, a ruptura já antes mencionada com a tradição interior para substituí-la por uma ordem jurídica em essência racional.

²³⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 314.

²⁴⁰ SANTOS, Gonçalo André. **Responsabilidade objectiva**. Relatório de mestrado. Orient. Prof. Doutor António Menezes Cordeiro e Prof. Doutor Luís Menezes Leitão. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, p. 11. Segundo o autor, estes indícios podem ser extraídos do *merum infortuitum* de Grotius e da *aequitas naturalis* de Pufendorf.

metodológico-sistemática –, recorrendo ao direito romano quando da necessidade de regular questões concretas²⁴¹.

Destas linhas gerais se extrai que a maior contribuição do jusnaturalismo ao direito privado foi a construção de um sistema próprio – incumbência em relação à qual tinha falhado o humanismo – e fechado, para além da exegese e do comentário de textos esparsos, sistema este que ganha corpo com o fenómeno codificatório do século XIX²⁴². E, em matéria de responsabilidade civil, dita máxima se aplica com perfeição.

Foi mérito do jusracionalismo permitir a substituição, nos Códigos modernos, dos fragmentados sistemas de inspiração romana – com hipóteses de fato (*Tatbestände*) destinadas à proteção de bens jurídicos determinados por meio de figuras especiais que, por vezes, em razão disso, apresentavam-se complicadas e pouco funcionais – por um sistema único, planejado de modo racional e estruturado sob um fundamento unitário, no caso, o princípio da culpa, como adiante se verá²⁴³.

É possível atribuir-lhe, portanto, a elaboração de uma autêntica doutrina geral da obrigação de indenizar, o que foi feito por intermédio do estabelecimento do princípio de que todo prejuízo ilícito e culpável deve de ser reparado, a constituir a base do sistema unitário de imputação de danos relegado à codificação que, com fundamento nos seus preceitos, será elaborada²⁴⁴.

Tanto que as ideias de previsibilidade e de evitabilidade dos danos advindos das condutas culposas, então construídas e ensejadoras de uma coesão em torno da noção de responsabilidade civil, garantir-lhe-ão uma relativa estabilidade –

²⁴¹ CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 168. Com uma posição em tanto divergente, parecendo reconhecer já na obra de Domat a identificação da indenizabilidade dos danos decorrentes de fatos que não derivam nem de um crime nem de um delito e, bem assim, a estruturação de uma responsabilidade geral fundada na culpa, inclusive por negligência, ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**, cit., p. 275.

²⁴² E a técnica empregada para tanto foi a da *construção conceitual*, não como mera exegese de harmonização, mas como representação de uma lógica com exatidão matemática que se aspirasse demonstrar por meio da progressão de conceitos, dos mais gerais aos mais específicos. Neste sentido, WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 310 (§ 15, V, 2, bb). Tanto que a implantação de uma parte geral nos Códigos Civis, atribuível a Pufendorf, pode ser considerada uma viva representação desta técnica enquanto meio de implementação de um sistema coeso em si.

²⁴³ MONTEIRO, Jorge Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos, 1983, pp. 14-15.

²⁴⁴ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 237.

especialmente após o contributo sistematizador fornecido pela codificação oitocentista – até o início do século XX, quando o processo de industrialização trará novas e profundas mudanças²⁴⁵.

E é nesta linha que se deve seguir para avançar no percurso evolutivo proposto, passando-se ao exame da feição adquirida pela responsabilidade civil a partir do fenômeno codificatório do século XIX.

3. O Direito codificado e a estruturação da responsabilidade civil

Ao que se viu nos itens precedentes, nomeadamente em decorrência da elaboração jusracionalista a partir dos contributos que lhe foram relegados pelos estudos anteriores desde o direito romano, o conteúdo da responsabilidade civil, na sua feição tradicional, já estava talhado no fim do século XVIII, bastando apenas que tais construções ganhassem espaço na aplicação viva do direito. E este espaço foi conquistado por meio da sua introdução nos Códigos, a partir do fenômeno oitocentista que lhe caracterizou.

Cumprido um registro precedente, contudo, no que diz respeito à forma como o jusracionalismo produziu o seus frutos por meio da codificação, pois, em verdade, dois regimes políticos diversos foram responsáveis pela promulgação dos Códigos: de um lado a revolução, com todos os seus reflexos na experiência francesa; de outro, os governos esclarecidos. Enquanto na França o iluminismo e o jusracionalismo²⁴⁶ produziram pensadores, mas não produziram reis esclarecidos, o que demandou uma ação popular na promoção da mudança de ideias que se fazia necessária, vários foram os países (*v.g.*, Alemanha, Áustria, Portugal e parte dos reinos da Itália e da Rússia, para citar alguns) em que a transformação do direito civil deu-se por meio de uma ação estatal influenciada pelos novos pensamentos fundados na

²⁴⁵ SANTOS, Gonçalo André. **Responsabilidade objectiva**, cit., p. 12.

²⁴⁶ Para uma diferenciação clara entre iluminismo e jusracionalismo que, a par de intimamente ligados, não são fenômenos idênticos, ver WIEACKER, Franz. **História...**, cit., pp. 353-354 (§ 18, I, 1).

razão, essencialmente voltada, ao seu turno, à promoção da unidade por meio de um direito nacional²⁴⁷.

Neste cenário, de um modo ou de outro, a codificação teve um amplo desenvolvimento ao longo de todo o curso do século XIX²⁴⁸. E o fez por meio de modelos corporizados em dois verdadeiros baluartes de extremo significado para a formação do direito europeu, não obstante dotados de diversidades bastante expressivas, as quais se projetarão na responsabilidade civil, marcando-a visceralmente.

Trata-se do *Code Civil* francês de 1804 e do *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB) alemão de 1896 que, ao seu tempo e ao seu modo, introduzirão na ciência jurídica continental, cada um, dois grandes modelos de tratamento da responsabilidade civil que muito interessam à formação do seu conteúdo atual, especialmente em razão da maneira como estruturaram os seus pressupostos.

Nesta linha e partindo da importância histórica – e também jurídica – de ambos os paradigmas antes referidos, mostra-se pertinente, em simetria com a linha metodológica anterior, tratar de modo particularizado cada um destes fenômenos, com o fito de prosseguir na apresentação dos contornos evolutivos do conteúdo da responsabilidade civil e dos elementos de caracterização que lhe são imprescindíveis, tudo para a completa compreensão da encruzilhada em que se encontra na atualidade.

²⁴⁷ CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 170-176.

²⁴⁸ É possível verificar, vez por outra, uma tentativa de imputar ao fenômeno da codificação a responsabilidade pela fragmentação do direito europeu, em decorrência da adoção de diplomas nacionais específicos em detrimento do então direito comum. A esta assertiva opõe-se DAVID, René. **Os grandes sistemas...**, p. 67, o que o faz com dois relevantes argumentos: primeiro, porque era falaciosa a pretensa unidade do direito romano-germânico anterior à codificação diante da sua frequente adaptação aos costumes locais, de modo que o direito estudado antes do século XIX nas Universidades era, em verdade, distinto do direito real praticado no continente; segundo, porque a expansão do modelo francês de codificação foi, pelo contrário, fator de reforço da unidade europeia, bastando observar que, após a sua edição, vários foram os países que elaboraram diplomas por ele deveras influenciado, tanto em forma quanto em conteúdo, podendo-se citar apenas como exemplo desta influência os primeiros Códigos Civis italiano, português e espanhol.

3.1 O *Code Civil* e o modelo francês de imputação de danos

Consoante já mencionado em oportunidade precedente, não obstante tenha suas raízes na tradição romana, a responsabilidade civil – e o direito civil em si – adquiriu uma feição verdadeiramente sistematizada somente a partir da tradição codificatória iniciada com o Código Civil francês de 1804²⁴⁹. Daí advém a inegável importância que lhe é atribuída, inclusive com o destaque de que, depois do Digesto de 529, responsável pela cristalização do direito romano, foi o acontecimento mais relevante verificado na ciência jurídica, na medida em que se constituiu no pilar sobre o qual viria ser formado em grande parte o direito europeu subsequente²⁵⁰.

3.1.1 *Os antecedentes justificadores da opção francesa*

O final do século XVIII foi profundamente marcado na realidade francesa pelo fim do *Ancien Régime*, o que restou possível em virtude da ruptura estabelecida pela Revolução de 1789. Em razão disso, a mudança do paradigma sociopolítico favoreceu a alteração do seu congênera jurídico, o que se tornou concretamente viável a partir do início do século XIX, dentre outras razões, com o Código de 1804²⁵¹.

²⁴⁹ Em verdade, o *Code* não foi o primeiro dos diplomas editados sob a influência do jusracionalismo, tendo sido precedido, por exemplo, pelo *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1756, e pelo *Allgemeines Landrecht* prussiano, de 1794. A sua originalidade sistemática e a sua influência sobre os que lhe seguiram em paralelo às deficiências dos seus antecessores permitem, contudo, seja-lhe atribuída a primazia do movimento codificatório oitocentista. A este respeito, com especial desenvolvimento sobre os antecessores do Código Civil de 1804, bem como sobre o *Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB) austríaco que, embora editado em 1811, pode ser considerado, na sua essência, como precedente ao congênera francês, ver WIEACKER, Franz. *História...*, cit., pp. 371 e ss. (§ 19, II). Sobre as experiências que antecederam a codificação francesa, de igual modo, CAENEGEN, R. C. van. *Uma introdução...*, cit., pp. 172-174. Ainda, com o exposto reconhecimento de que o *Code* representou a primeira genuína codificação de direito privado, pois tratava das matérias que lhe são peculiares como um todo e obedecia a um verdadeiro método sistemático, CORRADINI, Domenico. *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*. In: RODOTÀ, Stefano (a cura di). *Il diritto privato nella società moderna*. Bologna: Il Mulino, 1971, p. 58.

²⁵⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 3reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 226.

²⁵¹ A codificação francesa prossegue na era napoleônica com outros diplomas que lhe serão igualmente importantes para efetivação da mudança pretendida, seguindo-se ao Código Civil de 1804 o Código de Processo Civil de 1806, o *Code de Commerce* de 1807 e os *Code d'instruction criminelle* e *Code Pénal* de 1808 e de 1810, respectivamente. O papel do Código Civil, contudo, era central no sistema jurídico napoleônico, pois nele estavam definidos e concretizados os princípios gerais do direito, sempre sob a

A edição de uma lei civil geral era uma necessidade reconhecida na França já desde o século XVI, o que não foi factível ao longo do Antigo Regime em decorrência de causas variadas. A Revolução, percebendo a pertinência deste intento, chamou para si a tarefa; tanto que fez incluir na Constituição de 1791 este objetivo, que somente se mostrou exequível passado o período inicial de turbulências, durante o qual as matérias civis foram reguladas ainda por leis esparsas motivadas pelos objetivos políticos do momento e desprovidas de sistematicidade, as quais vieram a ser substituídas, depois, pelo *Code Napoléon*²⁵².

As praxes sociais e a aplicação do direito então vigentes na França na fase que antecedeu a codificação eram profundamente favorecedoras de incertezas quanto ao modo de solver as controvérsias entre os privados, o que prejudicava de forma considerável os interesses da burguesia enquanto classe que ascendia ao poder. As fontes jurídicas eram extremamente fragmentadas, permitindo a heterointegração, que encontrava nos diversificados costumes locais importantes meios de instituição do direito. Tal realidade, tendo em vista a diversidade dos *usos*, em especial no que toca ao seu conteúdo e abrangência, tomando contornos particulares de região para região, dificultava em muito a construção de um ambiente seguro e propício à proteção da propriedade e à circulação da riqueza, fenômenos tão importantes à burguesia²⁵³.

observância do fundamento de que a lei é que determina o direito e não o contrário. Sobre o tema, CLAVERO, Bartolomé. *Institucion...*, cit., p. 94.

²⁵² WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., pp. 252-253. Ainda segundo os autores, estas diversas leis, usualmente denominadas no seu conjunto por *droit intermédiaire*, trataram de assuntos de grande relevância, suprimindo desde logo as reminiscências feudais ainda vigentes. Com elas foram regulados os direitos sucessórios, restringindo-se os privilégios de primogenitura, foi instituído o matrimônio civil e o divórcio para todos os cidadãos franceses, foram eliminadas as vinculações fideicomissárias, criando-se, ainda, o início de um genuíno direito de patentes. A regulação completa e sistemática das matérias civis, contudo, somente foi possível mais de uma década depois, já sob o comando de Napoleão, que participou ativamente dos seus trabalhos de elaboração; tanto que o diploma civil francês recebeu, já em 1807, a designação de *Code Napoléon*, a qual somente veio a perder em definitivo na Terceira República. Estas são, de igual modo, as impressões de WIEACKER, Franz. *História...*, cit., p. 388 (§ 19, IV, 1, b), especialmente quando destaca a edição precipitada de leis sobre solos e hipotecas, tudo na tentativa de atender os interesses burgueses de mobilização da propriedade fundiária e, com isso, abolir-se de vez a feudalidade.

²⁵³ A este respeito, é oportuno destacar que não obstante o sistema feudal tivesse cedido espaço à centralização do poder monárquico, as suas reminiscências ainda eram muito marcantes, mostrando-se necessária a erradicação definitiva do antigo particularismo que lhe era peculiar. O território francês estava dividido em duas grandes áreas de tradição jurídica diversa, vigendo nas zonas setentrional e oriental o *droit coutumier* e, nas zonas central e meridional, o *droit écrit*, o que tinha origem ainda nas formações políticas franca e visigótica a partir do Império Romano. Daí que a par de toda a evolução

Daí que o Direito advindo dessa nova forma de regulação da vida privada, identificável historicamente pela designação “Código” e visto enquanto produto de uma verdadeira revolução cultural, tinha por justificativa, exatamente, fazer frente aos mencionados entraves à consolidação do poder econômico de uma classe. Seu objetivo, pois, era alterar de modo profundo os fundamentos consolidados pelo mundo jurídico até então vigente, representando uma nova forma de produzir o direito²⁵⁴.

Tanto que a epopeia codificatória francesa vem justificada na satisfação de quatro grandes objetivos: suprimir as desigualdades perante a lei, de modo a criar um regramento isonômico a todos os cidadãos franceses; reforçar a unidade nacional por meio de uma regulação uniforme da vida privada; superar a fragmentariedade das fontes enquanto fator de insegurança jurídica (deveras agravada pela multiplicidade dos costumes e pela presença, ainda que em declínio, do direito canônico); e buscar uma ordem representada pelo problema da sistemática, adaptando as soluções jurídicas às novas realidades²⁵⁵.

Ao lado da liberdade e da fraternidade, a igualdade era um dos lemas da Revolução, pois o tratamento diferenciado entre as várias classes – com especiais privilégios à nobreza e ao alto clero – era uma marca do regime jurídico anterior por ela combatido. Daí que a formulação de um sistema baseado na igualdade de todos os cidadãos perante a lei era um dos intentos que se erguia junto com a ruptura verificada em 1789, sendo imprescindível para tanto que a regulação da vida privada de todos os cidadãos franceses, a par de ter uma fonte única, fosse feita de modo isonômico, sem tratamentos particulares a pessoas ou grupos²⁵⁶.

intelectual precedente à Revolução por meio das Escolas Humanista e Jusracionalista, a França ainda carecia de um direito único para todo o seu território, o que se viabilizou por meio da edição do Código de 1804. A este respeito, com maiores desenvolvimentos, WIEACKER, Franz. **História...**, cit., pp. 386-387 (§ 19, IV, 1). Igualmente, CORRADINI, Domenico. **Le codificazioni...**, cit., p. 58.

²⁵⁴ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 107

²⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé...**, cit., p. 228-229.

²⁵⁶ É inegável que a codificação atingiu tal intento neste particular quando comparados os regimes jurídicos anteriores e posteriores a ela, especialmente os tratamentos em função da origem, da classe e da posição social de cada um. Um olhar mais atual, porém, permite perceber que a propalada igualdade era apenas parcial em algumas searas. Sobre esta temática, cumpre referir as observações de CLAVERO, Bartolomé. **Institucion...**, cit., p. 95, acerca do papel ocupado pela mulher na regulação civil francesa,

De igual sorte, o sentimento de unidade que decorria da alteração social advinda da Revolução era premente, pois a ideia de uma nação única e indivisível reunida pela primeira vez nos Estados Gerais bem atendia aos anseios de centralidade²⁵⁷. Desta maneira, a regulação isonômica da vida civil viabilizava-se não apenas pelo tratamento uniforme de todos perante a lei, mas também por meio de uma lei única que a todos fosse aplicável. Daí que um diploma civil unitário constituía-se em componente essencial das políticas de unificação, tudo sob a égide do princípio “um Estado, um Código”, representando, a nacionalização do direito privado, a superação de um *ius commune* por vezes sentido como alienígena e de uma série de costumes locais particulares²⁵⁸.

Do mesmo modo, este pluralismo jurídico pré-revolucionário era fonte de desorientações e incertezas, mostrando-se plenamente compreensíveis os intentos da burguesia que ascendia ao poder de fazer editar uma normatização uniforme da circulação da riqueza que lhe pudesse garantir segurança quanto à proteção do seu patrimônio e dos seus negócios. Daí que, além de regras claras e previamente conhecidas, carecia-se de um Poder Judiciário que se limitasse a aplicar às situações concretas um direito pré-ordeando²⁵⁹, sem criações ou construções [*rectius*, sem

especialmente quando observa que “concentra una fuerte autoridad en el varón mayor de edad padre de familia, con el efecto particularmente de discriminación de la mujer”, o que é, sem dúvidas, uma característica genuína do *Code*, pois os próprios Códigos Mercantil e de Processo capacitavam mais a mulher no seu âmbito de aplicação do que a própria lei civil, que se pensava fundada na plena igualdade de todos perante a lei. Em outras palavras, a igualdade, sem prejuízo do impensável avanço conquistado, ainda poderia ser dita parcial.

²⁵⁷ WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 386 (§ 19, IV, 1).

²⁵⁸ CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 175. A este respeito, é possível verificar a existência de uma relação direta entre consolidação da unidade política e codificação, mostrando-se viável esta apenas após efetivada aquela, ou seja, uma em decorrência da outra. Neste aspecto, é esclarecedor o exemplo italiano, que somente teve o seu primeiro Código Civil – de nítida tradição francesa – em 1865, após a sua unificação política.

²⁵⁹ A imposição de reformas na sistemática do Poder Judiciário era imprescindível a se obter o centralismo do Código Civil, fazendo cessar a intervenção dos juízes tendente a, por vezes, transformar-se em verdadeiro Poder Legislativo. Para tanto, chegou-se a idealizar a investidura nas funções judiciais, por eleição, de pessoas desprovidas de formação jurídica, o que foi introduzido pela Constituição francesa de 1791 e abandonado na de 1799, retomando-se o sistema tradicional de juízes profissionais. Esta retomada foi feita, todavia, com outra postura, pois a criação jurisprudencial era vista como uma violação ao princípio da separação dos poderes de Montesquieu, a quem é atribuível a célebre designação *bouche de la loi* para fazer referência à esperada atuação judicial. Tanto essa limitação de criação do direito pelos Tribunais era pretendida que o *Code* estabelecia, no seu artigo 5º, de modo expresso, que “[o]s juízes estão proibidos de pronunciar disposições gerais nos casos a ele submetidos”,

surpresas], elementos esses imprescindíveis à tão almejada segurança jurídica burguesa viabilizada por um diploma criado e interpretado aos moldes do *Code*.

Fala-se, portanto, na estruturação de um verdadeiro centralismo jurídico representado na construção de um sistema fechado, visando a fazer frente ao particularismo²⁶⁰ próprio do período anterior e, bem assim, trazer certeza às relações estabelecidas entre as partes quanto ao seu desfecho, aos seus limites, ao seu alcance, enfim, aos seus contornos. Assim é que a influência jusracionalista na produção oitocentista promoveu um hermetismo de fontes²⁶¹ a partir da construção de uma ordem hierárquica e da desvitalização de qualquer outra produção jurídica que não a lei, fonte única de expressão da vontade geral, a qual permitia, por isso, enquanto sistema acabado em cujo conteúdo se continha a disciplina da totalidade das relações privadas, a solução de todas as controvérsias²⁶².

Foi encerrada, nesse sistema fechado de fontes, a ideologia burguesa, as aspirações caras àquela classe que havia ascendido ao poder por meio da sua influência econômica, sendo compreensível que tudo isso, aliado ao mito racionalista e antropocentrismo, levasse à edificação de preceitos de natureza eminentemente patrimonial e individual, sendo a propriedade o parâmetro do direito privado do

tendo a palavra *jurisprudência* praticamente desaparecido da língua francesa no período. Com considerações a respeito, CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 171 e 180-182.

²⁶⁰ Segundo CORDEIRO, Antônio Menezes, **Da Boa Fé...**, cit., p. 217, tal designação corresponde à realidade antes referida, marcada pela ausência de unidade e de coerência do conjunto das leis vigentes em dada esfera de tempo e espaço e, sobretudo, a ausência de um discurso teórico que, no caso concreto, guiasse justificadamente a elaboração de um verdadeiro sistema de Direito. No mesmo sentido, WIEACKER, Franz. **História...**, cit., p. 386.

²⁶¹ Este cenário viabilizará o desenvolvimento de uma linha de aplicação do Código Civil extremamente exegética, pautada na convicção de que a função do intérprete dever-se-ia limitar à explicação da lei, não se permitindo qualquer relação entre interpretação e alteração, modificação, inovação ou mesmo construção; o ato de interpretar deveria estar associado às tarefas de declarar e de reconhecer o senso exato e verdadeiro da lei, tão somente. A propósito, CORRADINI, Domenico. **Le codificazioni...**, cit., p. 60. Também a respeito, com referências à cultura jurídica que se cria com este fenômeno e ao papel da reconstrução do ensino do direito a partir de então, fundado na crença de que a lição do professor era a leitura do Código, tudo a permitir o desenvolvimento da *École de l'Exégèse*, ver CLAVERO, Bartolomé. **Institucion...**, cit., p. 96.

²⁶² GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas...**, cit., p. 116. Ainda segundo o autor, pp. 118-119, pretendeu-se “realizar a redução de toda a experiência em um sistema articuladíssimo e minuciosíssimo de regras escritas, contemplando todos os institutos possíveis, começando muito frequentemente pelo dar a esses uma definição e disciplinando com uma precisão estudada todas as aplicações previstas pelos redatores”.

liberalismo e, por conseguinte, a sua tutela, função precípua do Código Civil²⁶³, e a manifestação de vontade dogma absoluto²⁶⁴.

Daí ser possível afirmar que os dois grandes pilares do Código Civil de 1804 são, justamente, os seus artigos 544 e 1134²⁶⁵, assentando, o primeiro, que “a propriedade é o direito de gozar e de dispor dos bens da forma mais absoluta, desde que não se faça deles um uso proibido pelas leis e pelos regulamentos” e, o segundo, que “as convenções legalmente formadas valem como leis para aqueles que as fizerem”, os quais tiveram a condição de dar ao direito privado moderno feições deveras individualistas e patrimonialistas e, portanto, conservadoras²⁶⁶, do que não ficará incólume a responsabilidade civil.

Em síntese, é possível afirmar que, quanto ao conteúdo, o *Code* funda-se nos princípios do *laissez-faire*, centrando-se nos dogmas da propriedade e da vontade²⁶⁷, que são as suas marcas registradas. Não obstante isso, por vezes – o que é atribuível à própria intervenção de Napoleão – é possível antever traços bastante caracterizadores de um Estado providência e, por conseguinte, contrários aos

²⁶³ HOMEM, António Pedro Barbas. **O Movimento de Codificação...**, cit., pp. 35 e 39. Na observação de CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. Seu sentido e limites. 2ed. Lisboa: Centelha, 1981, pp. 33 e 35, “o *homo juridicus* do Código de Napoleão era, não tanto o homem abstracto dos enciclopedistas, quanto o burguês já devorado pelas suas possessões [...], o burguês sedentário e proprietário, um homem que resume todos os seus direitos a possuir e a saber como possuir”, sendo o *Code*, “em suma, a ‘epopéia burguesa do direito privado’ – o código típico ‘para o burguês, a sua família e o seu património’”

²⁶⁴ Fala-se mesmo em um marcado individualismo da codificação, porquanto não obstante tivesse um viés humanista, deixou de considerar, na sua consecução, “o homem concreto” ou, como prefere Carbonnier, “o homem ‘de carne, sujeito a debilidades, presa de necessidades, esmagado por forças económicas’”. Até mesmo porque estava presente como substrato filosófico dessa nova forma de conceber o Direito o jusnaturalismo romanticamente individualista, que permitiu a construção jurídica a partir “do homem sozinho, esquecendo aparentemente a alteridade do Direito, a sua profunda e indefectível socialidade”; assim, CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral...**, cit., pp. 34 e 45. Nas palavras de GONÇALVES, Luiz da Cunha. **O Problema da Codificação do Direito Civil**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, pp. 12-13, a codificação francesa “corresponde ao triunfo progressivo do individualismo que, partindo do Direito Romano, se realizou completamente com a Revolução Francesa de 1789, que suprimiu todas as desigualdades sociais em face da lei [...], ao mesmo tempo em que se arvorou em lei dominante da vida social”, permitindo a edição de leis nominadas pela doutrina de “Códigos do direito privado individual” (sic). Também assinalando este viés individualista, CORRADINI, Domenico. **Le codificazioni...**, cit., p. 59.

²⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., t. I, p. 77.

²⁶⁶ CORRADINI, Domenico. **Le codificazioni...**, cit., p. 60.

²⁶⁷ CORRADINI, Domenico. **Le codificazioni...**, cit., p. 59.

interesses de liberdade de tráfego²⁶⁸; predomina, contudo, um conteúdo de viés liberal e conservador, quicá mesmo um forte acento patriarcal²⁶⁹.

A contribuição romanística, diante da influência notória do *coutume* de Paris na sua elaboração, resta por se apresentar menos viva do que no congênere alemão que lhe seguirá, sendo notória, em paralelo a isso, uma tendência anti-feudal, igualitária e centralizadora²⁷⁰.

3.1.2 A dogmática do modelo francês

O Código de 1804, dando corpo às máximas do jusracionalismo, veio estabelecido em três livros distintos: um primeiro, tratando do direito das pessoas (inclusive o direito matrimonial e de tutela), o qual estava assentado no princípio da igualdade de todos perante a lei; um segundo, regulando o direito das coisas, que se fundava essencialmente no princípio da liberdade da propriedade; e um terceiro, sobre os modos de aquisição da propriedade que, essencialmente, tinham o seu conteúdo principal no direito hereditário (herança e testamento) e no direito das obrigações, no qual vinha inserida a responsabilidade civil²⁷¹.

Em verdade, a forma como os dispositivos que tratavam da responsabilidade civil vinham topograficamente alocados no Código não guardava em si qualquer novidade, sendo mesmo uma continuação da tradição romana. Isso porque inseridos no livro III, relativo aos modos de aquisição da propriedade, vinham dispostos no título IV, capítulo II, com a denominação *dos delitos e quase-delitos*²⁷², na exata expressão justinianeia, não obstante o seu conteúdo tivesse apenas natureza civil como, aliás, já preconizado pelos pensadores humanistas e jusracionalistas.

²⁶⁸ É usual empregar-se como exemplo desta referência o tratamento dispensado à hipoteca geral em benefício do pupilo. Neste sentido, WIEACKER, Franz. *História...*, cit., pp. 390 (§ 19, IV, 2).

²⁶⁹ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., p. 254.

²⁷⁰ WIEACKER, Franz. *História...*, cit., pp. 390-391 (§ 19, IV, 2).

²⁷¹ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. *Historia...*, cit., pp. 253-254; WIEACKER, Franz. *História...*, cit., pp. 389-390 (§ 19, IV, 2).

²⁷² FRANÇA. *Code Napoleon or The French Civil Code*. Londres: Charles Hunter Law Bookseller, 1824, p. 378. Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.beal/bcn0001&id=1&size=2&collection=beal&index=beal/sub85#21>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

A respeito da forma como se dera esse tratamento da imputação de danos, partindo-se do pressuposto de que o direito civil decorrente do *Code* tinha a pretensão de prever de antemão a solução jurídica de todas as situações concretas que pudessem ser postas à apreciação judicial, era de se esperar uma disciplina bastante minuciosa, tal qual verificado em outras temáticas. Não foi o que aconteceu, tendo a regulação concentrado-se em apenas cinco artigos, tudo com uma expressão formal deveras simplificada²⁷³, com a regra básica do sistema de imputação de danos francês materializada em uma autêntica cláusula geral fundada no conceito jurídico de *faute*²⁷⁴.

A regulação do tema do modo como feita, contudo, tem um alto grau de originalidade, podendo a criação de uma figura geral de imputação derivada de um dano causado – em contraposição, portanto, à tradição das figuras singulares criadoras de obrigações ressarcitórias particularizadas, com elementos e pressupostos típicos predispostos – ser tida como inovadora; quanto mais quando fundada em uma base nova representada pelos princípios vetores do jusracionalismo, em especial os da liberdade e da igualdade, e alicerçada em uma dogmática autônoma²⁷⁵.

Assim é que o artigo 1382²⁷⁶ do *Code* vai estabelecer que “qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga aquele pela falta cometida a repará-lo”²⁷⁷, no que vem complementado pelo subsequente artigo 1383, o qual dispõe que

²⁷³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 322.

²⁷⁴ À cláusula geral seguem os dispositivos tratando da responsabilidade por ação ou omissão (artigo 1383), por ato de terceiros (responsabilidade dos pais e dos tutores – artigo 1384) e por fato das coisas (artigo 1385) e dos animais (artigo 1386).

²⁷⁵ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicià dell'illecito**, cit., pp. 272 e 275. Consoante demonstram os autores, a forma aberta de regulação parece ter sido consensual desde o princípio, uma vez que já no primeiro projeto apresentado por Cambacères é possível encontrar a responsabilidade extracontratual regulada com a máxima generalidade. O conceito de *faute* enquanto pressuposto e fundamento da responsabilidade, contudo, não está presente em qualquer dos três projetos iniciais, aparecendo apenas naquele do ano VII, livro 3, título 3, número 4, na definição de quase-delito, bem como na seção 2, artigo 16, numa definição bastante próxima àquela que será incorporada ao artigo 1382.

²⁷⁶ O referido preceito, não obstante tenha mantido a sua redação original, foi renumerado pela reforma de 2016 do Código Civil francês, passando a constar no artigo 1240. Sobre o tema, BARBOSA, Mafalda Miranda. **A reforma francesa da responsabilidade civil** – Breves considerações em sede extracontratual. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona, Porto, n. 11, pp. 02-29, 2018. Sem prejuízo da presente ressalva, fica mantida a referência ao dispositivo original, em razão da sua importância histórica.

²⁷⁷ Tradução do francês para a língua portuguesa contida em MARTINS-COSTA, Judith. **Os Fundamentos da Responsabilidade Civil**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 15, n. 93, out.

cada um será responsável pelo dano a que der causa, não somente por sua ação, mas também por sua negligência ou por sua imprudência²⁷⁸.

A justificativa para se incluir a imputação de danos dentre os vínculos obrigacionais que se formam sem acordo, consoante se pode extrair da exposição de motivos apresentada por Treilhard, reside na necessidade de manutenção da ordem social, constituindo o dogma da liberdade – e, por conseguinte, da responsabilidade dela decorrente – alicerce e, ao mesmo tempo, baliza limitadora desta construção. Ou seja, se é certo que o indivíduo deve responder por seus atos, somente pode ser responsável por eles, sendo a imputação por ato de terceiros excepcional²⁷⁹.

Seguindo esta linha, extrai-se com clareza dos preceitos contidos nos artigos 1382 e 1383 que a *faute* resta por constituir-se não apenas em pressuposto único da imputação²⁸⁰, mas no seu próprio fundamento, consagrando, assim, na letra da lei, os desenvolvimentos doutrinários já alcançados pelo jusracionalismo precedente.

Em verdade, as origens da dogmática civilista contida no *Code* são anteriores à Revolução e frequentemente atribuídas a Pothier, sendo ele mesmo nominado pai da codificação francesa²⁸¹. No que diz respeito à responsabilidade civil, é possível identificar na sua obra a definição de delito como o fato por meio do qual alguém, com dolo ou malignidade, causa um dano a outrem e, de quase-delito, como o fato que causa um dano por imprudência não escusável. Deste modo, enquanto o

1991, p. 39, nota 28. A expressão *falta*, segundo a autora, guarda identidade com o conceito de culpa. De igual modo, a *faute* contida no precitado artigo 1382 também é traduzida, nas línguas italiana e espanhola, como sinônimo de culpa (*colpa* e *culpa*), consoante se infere, respectivamente, em ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **La responsabilità civile**. In: AAVV. *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*. Roma/Bari: Laterza, 2008, p. 340, e em ZAMORANO, Marcelo Barrientos. **El ressarcimiento por daño moral en España y Europa**. Salamanca: Ratio Legis, 2007, p. 66, nota 74. Em língua inglesa, o termo empregado é igualmente *fault*, a transmitir, de igual modo, a ideia de culpa, ao menos na redação original contida na tradução inglesa *Code Napoleon or The French Civil Code*, London: Charles Hunter Law Bookseller, 1824, p. 378, já citada anteriormente.

²⁷⁸ Tradução livre da citação castelhana presente em ZAMORANO, Marcelo Barrientos. **El ressarcimiento...**, cit., p. 66, nota 74.

²⁷⁹ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicià dell'illecito**, cit., p. 277 e 280.

²⁸⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 322.

²⁸¹ WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 254.

dano intencional seria sempre reparável, o acidental seria apenas em existindo culpa²⁸².

Não obstante a incorporação destes preceitos ao regime consagrado pelo *Code*, o elemento chave da célebre cláusula geral do artigo 1382 parecem ter a sua origem ainda em Domat. Isso porque a designação *faute*, conceito basilar do regramento introduzido e fundamento notório do modelo francês de responsabilidade civil, pode ser encontrada explicitamente apenas na sua obra, provavelmente fruto de uma influência ainda canonística – tal qual aflorada em Donellus – e desenvolvida a partir de uma linha humanista elegante²⁸³⁻²⁸⁴.

A peculiaridade da regulação ora em estudo está no fato de ter sido feita por meio de um preceito aberto, inclusive com o recurso a um conceito jurídico indeterminado como pressuposto básico – não obstante o princípio nenhuma responsabilidade sem culpa esteja na base de tudo, como um filtro a controlar esta abertura²⁸⁵ – especialmente quando são tidos em conta os desejos de segurança e de centralismo jurídicos e de pouca construção judicial no estabelecimento do direito que pautaram a elaboração do Código.

²⁸² ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicià dell'illecito**, cit., p. 275. É de se notar que inclusive as denominações romanas delito e quase-delito usadas por Pothier foram acolhidas pelo *Code* como identificadoras do capítulo que se inaugura com o artigo 1382.

²⁸³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 321. Segundo o autor, a designação *faute* – que não consta na obra de Pothier – também é empregada, em francês, com o significado de pecado; daí a referência à influência da canonística em Domat e a sua associação ao pensamento de Donellus, já referido anteriormente, segundo o qual *maleficium est delictum, et peccatum*. Com idêntica posição, apontando a origem da essência do regramento geral do artigo 1382 na obra de Domat, ver VISINTINI, Giovanna. **Tratado breve della responsabilità civile**. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile. Padova: CEDAM, 1996, pp. 06-07.

²⁸⁴ A disciplina dos quase-delitos permitiu e emancipação da responsabilidade civil em relação à criminal, pois se consistiu na regulamentação de figuras que, a par de não trazerem em si um grau de culpa que justificasse a tipificação penal, mereciam alguma atenção no campo da reparação de danos, com especial interesse nas situações de defeito de vigilância. Em verdade, a noção originária de quase-delito vem associada à figura do ilícito culposo não coincidente com uma infração penal, tudo em contraposição ao delito em si, que tem ainda ínsita evidente associação a um caráter punitivo (ou ao menos não exclusivamente compensatório). Constitui-se, com a concepção de quase-delito encontrada em Domat, o suporte conceitual do princípio basilar de responsabilidade civil consagrado no *Code*, a permitir a sedimentação de uma imputação de danos fundada em uma noção ampla de culpa que não se configura apenas quando da violação de uma regra escrita, mas mesmo um princípio de equidade, honestidade e bom costume. Esta linha de construção se projeta em Pothier, sedimentando-se uma noção de culpa diversa da criminal, mas também conceitualmente sedimentada a partir de uma ideia de sanção a um comportamento moralmente reprovável. A respeito, VISINTINI, Giovanna. **Tratado...**, cit., p. 07.

²⁸⁵ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicià dell'illecito**, cit., p. 278.

Daí a necessidade de se concretizar os preceitos em causa, já que o princípio *neminem laedere* não indicava que todo e qualquer dano era suscetível de ressarcimento, mas tão somente aqueles que fossem causados com culpa e que decorressem da violação de um direito subjetivo, sendo estes os critérios de seleção das hipóteses de responsabilidade, diante da notória atipicidade do ilícito adotada²⁸⁶.

O certo é que, nas primeiras décadas do *Code*, a redação aberta dos artigos 1382 e 1383 não comprometeu os intentos perseguidos com a codificação, tendo-se verificado um tímido – para não se dizer quase inexistente – desenvolvimento da sua aplicação prática. De regra, a simples referência aos preceitos de lei era suficiente à solução das controvérsias postas, sequer havendo alusão ao conceito de *faute* ou mesmo de responsabilidade²⁸⁷, tudo em evidente seguimento lógico à aplicação de cunho juspositivista do direito que se seguirá a 1804²⁸⁸.

Em verdade, este pouco desenvolvimento não surpreende, pois a par das ricas ferramentas jurídicas disponibilizadas pelo *Code* em matéria de responsabilidade civil – no caso, uma cláusula geral com amplo espaço à criação pretoriana – o espírito que pautou a aplicação e o estudo do direito privado na França do século XIX foi o da Escola da Exegese²⁸⁹, norteado, assim, por uma desconfiança em relação à jurisprudência e à construção doutrinária e por uma interpretação literal dos Códigos a partir das suas premissas extraídas de um conceito positivista do direito²⁹⁰.

²⁸⁶ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**, cit., pp. 280-281 e 283. Os autores falam em pressuposto subjetivo e pressuposto objetivo para fazer alusão aos dois requisitos, respectivamente, ambos englobados pelo conceito jurídico de *faute*.

²⁸⁷ A propósito, tais considerações vêm amparadas em pesquisa jurisprudencial contida em CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 322-324, com referência a inúmeros precedentes julgados por Tribunais franceses entre 1830 e 1896, bem como nas suas conclusões a respeito.

²⁸⁸ CORRADINI, Domenico. **Le codificazioni...**, cit., pp. 61-62.

²⁸⁹ É bastante sintomático desta mentalidade o nome que as obras dedicadas a tratar do tema ou mesmo as disciplinas lecionadas nas Faculdades de Direito ganham na altura: não se trata de ensinar direito civil, mas o próprio Código Civil ou, ainda mais, de ensinar o *Code Napoléon*. A propósito, podem ser citadas, exemplificativamente, as obras de Théophile Huc, *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, Paris, Pichon, 1892, e de C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand, 1845. Para retratar esta mentalidade, CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 195, reproduz a clássica frase de J.-J. Bugnet: “Não conheço o direito civil, ensino apenas o Código Napoleão”.

²⁹⁰ CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 207-213. Segundo o autor, o desenvolvimento do método exegético de interpretação do Código inicia-se com a sua promulgação, mas ainda em uma fase de transição, pois os juristas do período tinham recebido, de certo modo, a influência do modelo de pensamento do século XVIII; podem ser mencionadas como exemplos deste fenómeno intermédio as obras de Philippe Antoine, Jacques de Maleville, C. Aubry e F.-C. Rau. A partir de então, desenvolve-se

O conteúdo da *faute*, por isso, a partir das diversas contribuições doutrinárias fornecidas na altura e seguindo a linha exegética dominante, terá aceções variadas, mas sempre tendentes a apresentá-lo como um conceito envolvente do plano jurídico de exame dos pressupostos da imputação, a abarcar não apenas a culpa e a ilicitude, com natural preponderância da primeira, mas também, por vezes, o próprio nexo causal²⁹¹.

Também não se pode esquecer que, neste cenário, a influência do pensamento liberal era determinante, o que conduzia à convicção de que cada indivíduo deveria enfrentar por si as fortunas e os insucessos da sua existência, incentivando-se a ideia de previdência, com a condenação de qualquer sentimento de dependência. Daí ser compreensível que tal ideologia levasse à convicção de que os infortúnios decorrentes do dano deveriam ser suportados por quem os sofresse, salvo em comprovado um erro, o qual se materializava na culpa. Em outras palavras, se a liberdade permite ao indivíduo fazer tudo aquilo que não seja vedado pela lei, o cerceamento deste direito absoluto somente poderá decorrer de uma situação excepcional que, no plano da responsabilidade civil, exprime-se por meio da reprovação contida na culpa, a permitir a imposição de uma obrigação de reparar pelo agir culposos²⁹².

E todo este arcabouço dogmático assentado na experiência francesa logo produziu frutos. Na linha da tendência seguida pelos países europeus de origem latina,

uma tradição de exegetas legítimos, para os quais a lei e o direito são idênticos, as demais fontes – dentre elas o costume, a doutrina, a jurisprudência e mesmo o direito natural – são deveras secundárias e o direito antigo não constitui nada mais do que um objeto de estudos históricos; nesta tradição, são dignas de referência as obras de A. Duranton, R. Troplong, J.-C.-F. Demolombe e G. Baudry-Lacantinerie. Apenas no fim do século XIX é que as críticas à Escola da Exegese ganham corpo, não apenas em relação ao seu método ou ao seu positivismo exagerado, mas mesmo em relação ao conteúdo de uma série de preceitos do *Code*, dentre eles o individualismo excessivo, a exagerada liberdade contratual, o absolutismo do direito de propriedade e a concepção patriarcal de família, o que se verá na sequência do desenvolvimento da investigação.

²⁹¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 324

²⁹² FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade e Socialização do Risco**. Coord. Marcelo Dias Varella. Trad. Michel Abes. Brasília: UniCEUB, 2006, p. 21. Nesta mesma linha, afirma-se que a responsabilidade civil, não obstante o seu divórcio do direito penal, mas em decorrência do seu fundamento na culpa, continuou a carregar consigo uma visão de reprovação que, por isso, tende a exprimir uma sanção, transformando-se em verdadeiro instrumento de regulação social.

Itália, Portugal e Espanha promulgaram Códigos Civis de tradição napoleônica já no início da segunda metade do século XIX²⁹³.

Neste cenário, é notório concluir que o modelo francês não apenas inaugurou o tratamento sistemático da responsabilidade civil, dando-lhe uma verdadeira disciplina jurídica no seio do direito civil, como influenciou uma geração de outros ordenamentos que partilharam do seu modelo e, com isso, impingiu a sua dogmática no pensamento moderno como um verdadeiro paradigma.

3.2 O BGB e o modelo alemão de imputação civil

Não obstante o *Code* de 1804 e o BGB de 1896 sejam frutos do mesmo fenômeno codificatório oitocentista, as experiências jurídicas que redundaram na edição de um e de outro são um tanto quanto diferenciadas, seja em razão dos seus antecedentes, seja em decorrência do produto delas decorrentes.

Daí a necessidade de, na sequência do até então apresentado, verificar-se os contributos da experiência alemã à construção da atual noção de responsabilidade.

3.2.1 Antecedentes da regulação civil

A codificação alemã restou retardada quase em um século em relação à experiência francesa, o que lhe permitiu apresentar-se como uma proposta diversa, não mais sob a égide do jusracionalismo²⁹⁴ e, portanto, com alterações significativas quanto ao modo de regular uma série de temas, dentre eles a responsabilidade civil.

²⁹³ Deixa-se de fazer alusão, no presente momento, aos frutos produzidos pela experiência francesa no direito brasileiro pelo fato de que o fenômeno codificatório, neste país, foi deveras retardado em comparação aos demais, o que se deve a uma série de fatores que serão analisados em momento oportuno; tanto que o primeiro Código Civil genuinamente nacional veio a ser promulgado apenas em 1916, já após a edição do BGB.

²⁹⁴ Em verdade, o jusracionalismo teve uma vida efêmera, pois mesmo na França, onde influenciou sobremaneira a elaboração do *Code*, cedeu espaço após a sua promulgação à Escola Positiva do Direito. Passada a ruptura viabilizada pela Revolução Francesa e adquirida a estabilidade que lhe sucedeu, as

Tal não se justificou por uma ausência de desejo de unificação do direito privado a partir de um regramento único; muito antes pelo contrário. A fragmentariedade política e, por conseguinte, da regulação das relações privadas nos territórios germânicos era muito acentuada, quicá maior do que aquela verificada na França antes da edição do *Code*, o que se constituía em forte entrave à codificação. Assim é que, após a unificação de 1871²⁹⁵, ainda era necessário obter um consenso entre as plúrimas realidades jurídicas existentes, que iam desde regimes já bastante avançados no sentido da adoção de um direito codificado de base jusracionalista (v.g., Prússia e Saxônia) até tradições consuetudinárias ou ainda deveras atreladas ao direito comum medieval que tornavam o direito romano lei vigente²⁹⁶.

De outro lado, a ausência de uma regulação civil uniforme também representava, em certa medida, a dominação napoleônica que impunha a vigência do direito francês em importantes partes do território germânico²⁹⁷. Daí que não se mostrava viável a opção pelo caminho aparentemente mais fácil, trilhado, aliás, por países como Itália, Portugal e Espanha, que tinham preferido promulgar Códigos de inspiração francesa²⁹⁸ ao invés de construírem alternativas próprias à unificação da regulação das relações privadas.

ambições do jusracionalismo e do direito natural mostraram-se inexecutáveis, o que justificou a sua superação. No universo germânico, o seu declínio deu-se na mesma altura, o que veio agravado pelo fato de, ao contrário da experiência francesa, ter sido empregado como instrumento de legisladores absolutistas (v.g., o fenómeno verificado na Prússia). Viabilizou-se, com isso, o desenvolvimento de outras linhas de pensamento que, diante do retardamento do fenómeno codificatório naquele país, puderam restar acolhidas quando da elaboração do BGB. Acerca do que se denomina “colapso” do jusracionalismo iluminista, ver os aprofundamentos de WIEACKER, Franz. *História...*, cit., pp. 397-403 (§ 20, I). Igualmente a respeito, CAENEKEN, R. C. van. *Uma introdução...*, cit., pp. 198-201. Ainda, acentuando a diferença das premissas sobre as quais se constituíram o *Code* e o BGB, ver ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'Illecito*, cit., p. 306.

²⁹⁵ Mesmo após a constituição do Reich, a competência para a instituição de normas de direito civil e, portanto, para a sua unificação, somente lhe foi outorgada pelos Estados membros em 1873, com a aprovação da Lei Miquel/Lasker. Neste sentido, STURM, Fritz. *La formazione del BGB*. In: AAVV. *I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella Cultura Giuridica Italiana*. Padova: CEDAM, 2002, p. 58.

²⁹⁶ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'Illecito*, cit., p. 306.

²⁹⁷ STURM, Fritz. *La formazione...*, cit., pp. 44-45. Segundo o autor, a aplicação pelos juizes alemães do direito francês era mesmo considerada uma vergonha nacional.

²⁹⁸ CAENEKEN, R. C. van. *Uma introdução...*, cit., p. 219, nota 18, fazendo alusão às ideias então defendidas por Savigny, refere que o senso prevalecente era da necessidade de promulgação de um Código genuinamente alemão, não atrelado ao direito de um povo – no caso, o francês – que em época ainda recente tinha “ameaçado a Alemanha com a ruína” em decorrência das guerras subsequentes às invasões napoleônicas.

Em função destes fatores é que o sentimento da ciência jurídica germânica durante o século XIX apontava no sentido da necessidade de uma regulação própria e característica do seu povo que, ao mesmo tempo, fosse adequada do ponto de vista da técnica²⁹⁹ e representasse não apenas a unificação política, mas também a afirmação da nacionalidade e mesmo da libertação completa da influência francesa.

Assim é que, superados os entraves políticos, resta claro que havia também problemas de cunho ideológico a serem ultrapassados³⁰⁰, não havendo consenso sobre qual a base que deveria estruturar um direito civil verdadeiramente alemão. Isso porque durante o curso do século XIX a ciência jurídica germânica experimentara um especial desenvolvimento, estabelecendo-se viva controvérsia não só entre os partidários e os opositores da codificação, mas especialmente entre germanistas e romanistas, com um impasse acerca das fontes que deveriam nortear a regulação civil. Enquanto aqueles sustentavam uma redescoberta do antigo direito germânico, estes entendiam mais apropriado o emprego do conteúdo do *Pandektenrecht* estruturado com base no direito romano, diante da sua superioridade técnica³⁰¹.

Nesta linha, foram notórios os desenvolvimentos e a consequente influência da Escola Histórica de Savigny na codificação alemã³⁰². Como já sugere a sua designação, a proposta estava lastreada na exploração da dimensão histórica do

²⁹⁹ Segundo STURM, Fritz. **La formazione...**, cit., p. 46, as alternativas disponíveis nos próprios Estados germânicos não eram sedutoras, pois imperfeitas e mesmo inadequadas às ambições de uma regulação privada uniforme. Cita-se como exemplo o *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (Prússia), que entrara em vigor ainda em 1794 e cuja aplicação já abrangia uma expressiva parcela da população alemã, ou mesmo o *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* (Saxônia), de 1863, que não obstante tenha tido grande influência na elaboração do BGB, também não atendida à totalidade dos interesses envolvidos na codificação.

³⁰⁰ Para um panorama mais completo das razões para a demora na formação de um consenso sobre a codificação na Alemanha durante do século XIX, ver STURM, Fritz. **La formazione...**, cit., pp. 52-53.

³⁰¹ CAENEKEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., pp. 218-220.

³⁰² Uma apresentação completa dos desenvolvimentos da Escola Histórica, inclusive com os seus antecedentes, seria impensável no conjunto da presente investigação, não só pela sua extensão, mas especialmente pela sua complexidade. Os seus expoentes foram inúmeros, sendo a sua criação atribuível a Savigny, a Karl Friedrich Eichhorn e a Jacob Grimm, mas também a Gustav Hugo, Georg Friedrich Puchta e Georg Beseler, entre os grupos ditos romanistas e germanistas. Na civilística posterior, pode-se mencionar Vangerow, Aloys Brinz, Ernst Immanuel Bekker, Regelsberger, Arndts, Heinrich Dernburg e, quicá os mais citados de todos, Bernhard Windscheid, dito pai do BGB, e Rudolf von Jhering, cujos estudos sobre a responsabilidade civil terão viva importância na estruturação do sistema alemão de imputação de danos. Em decorrência da vastidão da temática e da sua referida complexidade, optou-se por uma menção apenas elucidativa, com remissão a obras que lhe relegaram consistentes aprofundamentos. Assim, WIEACKER, Franz. **História...**, cit., pp. 407 e ss., e WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., p. 269 e ss., dentre outros tantos.

direito, compreendendo-o, contudo, não apenas como história, mas como uma ciência cujo objeto é pré-determinado pela sua própria historicidade, que vem demarcada como um dentre vários aspectos a serem observados na renovação da ciência jurídica³⁰³, tudo em evidente contraponto ao jusracionalismo das leis imutáveis decorrentes da razão.

Tanto que a maior parte dos seus esforços não foi voltada à elaboração de estudos de história do direito privado, mas à construção de uma genuína sistemática civilística. Converteu-se, por isso, segundo nomenclatura empregada nos seus próprios manuais, em uma autêntica *pandectística*³⁰⁴ baseada em uma perspectiva de direito do positivismo científico e deduzindo exclusivamente as suas normas (por isso mesmo do sistema, dos princípios e dos conceitos da ciência jurídica), sem o consentimento para que valores ou objetivos de outras ordens (tais como políticos, religiosos, sociais ou mesmo científicos) pudessem confirmar ou infirmar soluções de cunho jurídico³⁰⁵.

O certo é que constituídas as bases políticas que viabilizaram as aspirações de edição de uma lei civil geral e única para toda a Alemanha, era previsível que a dogmática talhada sob os auspícios da Escola Histórica fosse chamada a conduzir os trabalhos, independentemente de se dar maior ou menor prevalência às suas correntes romanistas ou germanistas. Deu-se ao Código, assim, um viés acadêmico – e por isso mesmo técnico – bastante acentuado³⁰⁶, não obstante a inegável participação

³⁰³ WIEACKER, Franz. **História...**, cit., pp. 403-404 (§ 20, II).

³⁰⁴ Neste cenário é que o direito romano tomado como fonte do regramento das relações privadas não é tido como algo pronto e acabado, como acreditavam os juristas medievais, mas um direito que deve ser entendido tal qual produto de um dado momento histórico que, para ter aplicação, pressupõe uma contextualização com as necessidades do tempo em que se situa.

³⁰⁵ CORRADINI, Domenico. **Le codificazioni...**, cit., p. 71. Igualmente, WIEACKER, Franz. **História...**, cit., pp. 406 e 491-492 (§ 20, II; § 23, I, 1). Segundo o autor, tudo isso se funda na consciência de que o direito não podia ser percebido como um sistema natural de leis gerais e, por isso, supostamente atemporal, desprovido de uma contextualização histórica, ou tão somente como um produto artificial fundado na razão e originado a partir da ação de um legislador, fundamentos que representavam, na essência, profunda crítica ao jusracionalismo que lhe antecederam.

³⁰⁶ Fracassados os trabalhos iniciados em 1866 para uma tentativa de unificação do direito das obrigações, em 1874 constitui-se a primeira comissão para a preparação do que seria o Código Civil alemão. Encerrados os seus trabalhos e sendo ela integrada preponderantemente por juristas profissionais, as críticas que lhe foram dirigidas eram no sentido de que o seu produto era demasiado doutrinal, pouco social e não genuinamente alemão, especialmente em decorrência do predomínio do grupo romanista da Escola Histórica em detrimento do germânico, o que de fato aparentava-se verdadeiro, tendo em vista a excessiva perseguição de um ideal de precisão. Em razão disso é que, em 1890, constituiu-se uma nova comissão, dela participando não apenas os juristas profissionais, mas

dos demais segmentos sociais, especialmente após os trabalhos elaborados pela segunda comissão constituída.

Daí que, neste cenário e sem prejuízo da técnica empregada, cumpre assinalar que os antecedentes econômicos e sociais que se refletirão na codificação alemã não eram essencialmente diversos daqueles verificados na França pré-Revolução; muito pelo contrário, eram essencialmente característicos do fenômeno codificatório do século XIX. Por isso é que, independentemente das diferenças metodológicas, o BGB será, tal qual o *Code*, um genuíno diploma oitocentista, marcado, portanto, pelo individualismo e pelo patrimonialismo, refletindo um certo patriarcalismo e fundado na extrema liberdade contratual e no absoluto direito de propriedade, tudo a assegurar os mesmos interesses burgueses dominantes do período e justificadores da imposição de uma intervenção jurídica minimamente necessária na vida privada³⁰⁷.

Também o direito das *pandectas* do século XIX se funda, como os códigos ocidentais de modelo francês, sobre o sistema e sobre os conceitos do jusnaturalismo. A formação conceitual da pandectística não se distingue essencialmente do racionalismo tautológico de Christian Wolf, sem prejuízo de algum prestígio metódico

também os representantes dos grupos de interesse econômico e dos maiores partidos com assento no parlamento, nos quais predominavam os interesses da alta burguesia germânica. O certo é que o fato de se ter constituído uma nova comissão não mudava a natureza das pretensões, que continuavam pautadas pelos ideais de precisão nas soluções e de segurança, persistindo o caráter acentuadamente romanístico e um forte senso conservador. De igual modo, os trabalhos tinham em vista dos ideais de Bentham acerca da completude do Código, com uma nítida observância, neste particular aspecto, da técnica legislativa jusnaturalista alicerçada no indivíduo abstrato, na vontade contratual e na totalidade do direito de propriedade, produzindo um diploma que, a par de notável, tinha as suas raízes no século XIX. Em razão disso é que não seria equívoco afirmar que as feições gerais e os interesses que tomaram posto no BGB não foram tão diversos daqueles que presidiram a elaboração do *Code*. Sobre o tema, WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia...**, cit., pp. 319-320. No mesmo sentido, especialmente acerca das críticas ao primeiro projeto, STURM, Fritz. **La formazione...**, cit., p. 60.

³⁰⁷ CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral...**, cit., p. 43. Segundo o autor, ambas as realidades jurídicas em causa coincidiam no que toca ao “desejo de afirmação do indivíduo – do atomístico indivíduo do liberalismo burguês – que nas fórmulas do direito de Roma, sobretudo no seu ‘jus utendi et abutendi’, encontrava como que uma legitimação *avant la lettre* da sua luta contra as instituições do ‘Antigo Regime’”, o que, em última análise, restou por consagrar, no âmago dos seus institutos, tanto na França quanto na Alemanha, uma visão demasiadamente patrimonial e individualista da pessoa humana, que se resume à pessoa do proprietário e não a pessoa em si mesma. Com percepções semelhantes, CAENEGEN, R. C. van. **Uma introdução...**, cit., p. 222.

de Hegel³⁰⁸. E esta sintomática terá os seus reflexos na formação do conteúdo da responsabilidade civil que se produz no período, a justificar uma notória tentativa de limitação das suas possibilidades, como adiante se verá.

3.2.2 *A dogmática do modelo alemão*

Seguindo a sistemática pandectista, o BGB constituiu-se de cinco livros, tratando o primeiro da parte geral, o segundo das obrigações, o terceiro dos direitos reais, o quarto do direito de família e o quinto do direito sucessório. A responsabilidade civil, como era de se esperar, vem regulada na parte final do livro relativo ao direito das obrigações³⁰⁹, tendo recebido um tratamento expressivamente mais exaustivo e metucioso se comparado ao modelo francês. Basta para tal conclusão atentar-se ao número de dispositivos relegados à matéria (trinta e um, do § 823 ao § 853), o que pode ser atribuível não apenas ao rigorismo da técnica alemã, mas também, de algum modo, ao modelo de tipicidade do ilícito adotado, em evidente contraponto ao sistema atípico inaugurado com a cláusula geral do artigo 1382 do *Code*.

Neste particular, cumpre observar que a opção por um sistema típico para o tratamento do delito enquanto fonte de uma obrigação de reparar danos foi ponto de controvérsia nos trabalhos de elaboração do BGB. Tanto que, quando da redação do primeiro projeto, foi acrescentado um dispositivo bastante próximo da cláusula geral francesa, o qual terminou por ceder espaço a uma opção que privilegiasse a tipicidade do ilícito que – até mesmo pela grande importância que o direito romano

³⁰⁸ WIEAKER, Franz. **Diritto Privato e Società Industriale**. Trad. Gianfranco Liberati. Napoli: Edizioni Schietifiche Italiane, 1983, pp. 06-07.

³⁰⁹ A influência romana na formação do direito alemão é muito notória, refletindo-se de modo bastante especial no tratamento relegado à responsabilidade civil. Neste aspecto, deve ser relevado que o delito – enquanto violação de um interesse privado, nos moldes romanos – é tido como fonte da imputação civil, dele se extraíndo uma relação de crédito e débito; em outras palavras, “l’offeso e l’offensore, ossia l’attore e il convenuto, stanno di fronte l’uno all’altro come un creditore ed un debitore. Tuttavia finché questo nuovo rapporto rimane nei limiti di una semplice possibilità, e non ha ancora portato ad una determinata attività, e non lo possiamo considerare come una vera e completa obbligazione: esso ne è piuttosto il germe, che però per suo naturale sviluppo si transforma in una vera obbligazione”. SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1886, t. IV, p. 04.

sempre teve na tradição jurídica alemã – foi realidade viva no seu modo de regulação da imputação de danos³¹⁰.

Assim é que o § 823 do Código Civil alemão iniciará a série de dispositivos relegados a tratar da responsabilidade civil estabelecendo que “quem com dolo ou culpa lesionar injustamente a vida, a liberdade, a propriedade ou qualquer direito de outra pessoa, está obrigado a ressarcir-la nos danos causados”³¹¹.

A ideia aparenta-se semelhante a do artigo 1382 do *Code*: regular a responsabilidade civil por meio de um preceito mais ou menos geral se comparado à tradição dos delitos em espécie do direito romano, quanto mais diante da depuração decorrente do afastamento dos elementos penais. A opção técnico-legislativa, contudo, é absolutamente diferente, sendo possível extrair da sua clareza germânica e do seu notório viés analítico³¹² algumas marcas que bem delimitam a diversidade referida.

A primeira delas é de que o sistema geral de responsabilidade do BGB está fundado na culpa, mas, ao mesmo tempo, na ilicitude, pois ambas são exigíveis como pressupostos autônomos do dever de indenizar; tanto que usualmente é denominado, em contraponto ao modelo monista francês baseado na *faute*, sistema dualista ou da culpa/ilicitude.

A segunda é que, mesmo não aos moldes dos delitos privados romanos, a tipicidade é uma marca característica do sistema alemão³¹³, seja por exigir claramente a culpa e a ilicitude do fato como pressupostos autônomos do dever de indenizar³¹⁴, o

³¹⁰ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito*, cit., p. 312.

³¹¹ Versão livre para o português da tradução castelhana contida em MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. II, p. 974.

³¹² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 327.

³¹³ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito*, cit., p. 305. A opção é interessante, especialmente tendo em conta que o BGB é deveras mais generoso no uso de princípios e cláusulas gerais que, aliados aos seus rigores técnico e conceitual, permitem uma maior abertura ao sistema, mas com a segurança que se espera de uma codificação oitocentista. Um exemplo claro disso é a previsão contida no § 242, que erige o princípio da boa-fé (*Treu und Glauben*) à condição de verdadeira diretriz de todo o direito privado. Assim, STURM, Fritz. *La formazione...*, cit., p. 72.

³¹⁴ Essa demarcação autônoma de ambos os pressupostos, com a estrita vinculação da ocorrência de um ilícito civil (delito) à existência de culpa, era considerada pela doutrina da época como expressão de uma evolução de pensamento, já que a ausência do desenvolvimento da ideia de juízo de censura formado em relação à conduta e independente da contrariedade ao direito era impensável nos direitos antigos. Neste cenário é que a responsabilidade civil com fundamento na culpa era entendida como um

que não permite uma modulação intuitiva de moldes franceses das situações que possam ser abarcadas pelo conceito legitimador da imputação³¹⁵, seja por extrair a ilicitude de duas situações previamente definidas, quais sejam, a violação de direitos subjetivos e a lesão a interesses protegidos³¹⁶.

Em verdade, independentemente da ideologia que, neste aspecto, norteou a elaboração do Código, a tendência de adoção de um modelo próximo ao paradigma francês era grande; tanto que as proposições de Windscheid apontavam para uma redação bastante semelhante à do *Code*, suprimindo-se a referência expressa à ilicitude enquanto pressuposto autônomo do dever de indenizar³¹⁷. Todavia, o reconhecimento da ilicitude era uma marca do sistema alemão que remontava à recepção do direito romano, sendo ela, portanto, frequentemente alinhada dentre os pressupostos da imputação de danos³¹⁸.

Não obstante a dogmática de Savigny tenha prevalecido na essência do BGB³¹⁹, o sistema de imputação de danos tem a sua origem em Jhering. Daí a imprescindível referência à sua obra “O momento da culpa no Direito privado

contraponto à imputação objetiva dos sistemas tidos como primitivos. Sobre o tema, ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**, cit., p. 307.

³¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 340.

³¹⁶ Ao que se percebe, a ilicitude vem demarcada pela articulação de fatispécies típicas (lesão de direitos ou bens jurídicos e lesão de uma norma de proteção) que, na sequência, vão complementadas pelo § 826 do Código, que contempla outra situação de ilicitude em razão da violação dos bons costumes, mas limita os danos dela decorrentes aos casos de dolo. A este respeito, DEUTSCH, Erwin. **La disciplina dell'ingiustificato arricchimento e degli atti illeciti**. In: AAVV. *I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella Cultura Giuridica Italiana*. Padova: CEDAM, 2002, p. 378. Consoante refere CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 333-334, são, em verdade, três pequenas cláusulas que, em conjunto, constituem um sistema intermédio entre os modelos romano e francês: a do § 823, I, com a ilicitude decorrente da violação de direitos absolutos, a do § 823, II, com a ilicitude decorrente da violação das normas de proteção, ambas com a exigibilidade da culpa enquanto pressuposto autônomo, e a do § 826, com a ilicitude decorrente da violação dos bons costumes, mas restrita aos casos de dolo. Especificamente nesta última hipótese, a proteção (não obstante exigido o dolo) é muito ampla, pois abrange a possibilidade de reparação de todos os danos que, nesta condição, decorram da violação dos bons costumes, independentemente da natureza dos bens atingidos; em outras palavras, sempre que o prejuízo for causado dolosamente com ofensa aos bons costumes, será viável o ressarcimento pela via delitual, qualquer que seja o tipo de posição ou o interesse atingido. Assim, FRADA, Manuel Carneiro da. **Uma “terceira via”...**, cit., p. 49.

³¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 331. Segundo o autor, assim podia ser exposta a proposição de Windscheid: “Quem, conscientemente ou por negligência, provocar danos a outrem fica obrigado a indenizar este dano”.

³¹⁸ Para um panorama das construções acerca dos pressupostos da responsabilidade civil extraível dos diversos autores pandectistas no antecedente da edição do BGB ver CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 327-328.

³¹⁹ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**, cit., p. 307.

romano”, na qual desenvolveu os fundamentos para a exigibilidade da culpa e da ilicitude enquanto pressupostos autônomos da responsabilidade civil, pois, com isso, impõe-se um duplo controle sobre a imputação, exigindo-se a inobservância das normas jurídicas e, paralelamente, a censura devida ao agente em decorrência da conduta lesiva³²⁰.

Neste cenário, a culpa enquanto fundamento da responsabilidade alcança o seu apogeu, talvez até em patamares mais acentuados do que aqueles verificados na gênese da experiência jurídica francesa, isso em razão da imprecisão conceitual da *faute*. A partir de então, tornou-se corrente o entendimento de que quem obriga a indenizar – e, por isso, assume o posto de fundamento da imputação – é a culpa e não o dano; tanto que os animais, os doentes mentais e as crianças, apesar de poderem causar danos, não são responsáveis por eles, pois inaptos a sofrer o juízo de reprovação que a culpa traz em si³²¹.

Partindo dessas premissas é que, superada uma versão bastante ampla contida no primeiro projeto, avança-se rumo à redação final que restou por prevalecer. Nesta senda, é de se demonstrar, diante das limitações inseridas, o desejo de impedir a multiplicação de situações de responsabilidade e de se restringir o seu âmbito de atuação, tudo em nítida oposição ao modelo aberto do artigo 1382 do *Code* e tendo em conta a realidade socioeconômica vivida na altura, que já sentia reflexos da Revolução Industrial e da multiplicação dos riscos que lhe é contemporânea³²².

Sem prejuízo do maior rigor dogmático obtido, é inquestionável que o modelo alemão apresentou-se mais apto a restringir uma eventual ampliação expressiva (ou mesmo excessiva) das situações de indenizabilidade³²³, especialmente

³²⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 331.

³²¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 330. JHERING, Rudolf von. **El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2013, pp. 105-106; nas exatas palavras do autor, “sem culpa não há responsabilidade por fato, isto é, obrigação de indenizar. Não o dano, mas a culpabilidade obriga a indenizar os prejuízos”.

³²² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 332-333.

³²³ Note-se que não se trata de uma inferência extraível do contexto em que se insere a regulação em questão, mas de ponderações que foram expressamente referidas na altura. Para tanto, é de se assinalar que a iniciativa de restrição da responsabilidade civil foi uma deliberada pretensão, consignando-se nos próprios *Motive* do BGB que um regime de responsabilidade sem culpa seria insustentável financeiramente. Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 332, nota 1194.

se comparado ao paradigma francês. Não que este tenha utilizado todas as suas possibilidades logo nos primeiros tempos de vigência, consoante se demonstrou no item precedente, mas é inegável que uma cláusula geral nos moldes daquela disposta no *Code* favorecia sobremaneira o reconhecimento de novas situações aptas a ensejar um dever de indenizar, contrariamente do que se podia construir a partir de um modelo dogmaticamente mais fechado, aos moldes germânicos.

Neste cenário é que se apresentam como plenamente compreensíveis duas opções de regulação por vezes acusadas pela doutrina de obsoletas para a altura na qual promulgado o BGB que, diante da omissão francesa na abordagem do assunto, comportavam um contorno interpretativo mais facilitado.

A primeira delas é o fato de que o dano reconhecido como digno de indenização é apenas aquele de caráter patrimonial, o que seguia a tendência do Código de não tratar, igualmente, sobre a proteção geral dos direitos de personalidade³²⁴. Todavia, a omissão de uma figura geral de danos não patrimoniais parece perfeitamente intencional, consoante, aliás, se depreende da regra do § 253 do BGB³²⁵, pois a identidade entre dano indenizável e prejuízo de ordem patrimonial corresponde nitidamente à ideologia alemã do século XIX, a qual somente virá a ser abandonada após a II Guerra Mundial³²⁶; não se trata, portanto, de conservadorismo, mas do reflexo de um momento histórico³²⁷.

A segunda diz respeito ao pequeno tratamento dispensado às hipóteses de responsabilidade objetiva, que foram previstas apenas nos §§ 833 e 835, este último já não mais em vigor, relativamente aos danos causados por animais domésticos e por

³²⁴ A respeito, cumpre destacar que o Código Civil suíço de 1907 já continha uma previsão sobre esta matéria, a qual autorizava aquele que suportasse lesão ilícita a direitos de personalidade a buscar a sua tutela judicial, pelo que não se pode afirmar que a temática era completamente desconhecida da ciência jurídica alemã do fim do século XIX.

³²⁵ Segundo o referido preceito, os danos que não forem patrimoniais somente poderão ensejar uma pretensão indenizatória nos casos em que expressamente a lei autorize.

³²⁶ STURM, Fritz. **La formazione...**, cit., p. 69.

³²⁷ O que se apresenta como uma crítica pode ser bem visto como uma evolução, pois o Código, a par da opinião predominante no período, previu, no seu § 847, situações que, mesmo absolutamente restritas, permitiam alguma indenização pecuniária por danos morais. Nas palavras de DEUTSCH, Erwin. **La disciplina...**, cit., p. 385, “tecnicamente considerado, o § 847 BGB [...] contém uma exceção da exceção do § 253 BGB, que reserva à previsão legislativa a ressarcibilidade dos danos imateriais”. Ou seja, a regra era que dano indenizável fosse sinônimo de dano material, admitindo-se, contudo, já alguma exceção, mesmo que de modo ainda bastante restrito.

certos animais de caça. Deixou-se, assim, de tratar da responsabilidade sem culpa decorrente do exercício das atividades ferroviárias, mineradoras, elétricas e de produção e distribuição de gás, o que já era, inclusive, regulado parcialmente por lei do Império datada de 7 de junho de 1871. Dita omissão, de igual modo, também aparenta ser proposital, o que é atribuível ao tamanho da controvérsia da temática, que tinha potencial para por em risco a codificação como um todo³²⁸.

Ao que se infere, refletindo as concepções reinantes no século XIX, do qual inegavelmente ainda é fruto, é lícito afirmar que o BGB deu um passo bastante expressivo na construção da ideia de responsabilidade na dogmática civilística. Fê-lo assentando duas premissas que se consolidaram com bastante força no inconsciente coletivo da ciência jurídica do século seguinte, não obstante todos os novos questionamentos que lhe foram postos. Tratam-se da consagração legislativa expressa de uma tendência restritiva das hipóteses em que se justificava um dever de indenizar, o que foi construído por meio de uma complexa dogmática de pressupostos, e do absoluto e inegável reconhecimento da culpa enquanto fundamento – muito mais do que mero pressuposto – da imputação de danos³²⁹.

E este modelo também não tardará a dar frutos, tal qual, ao seu tempo, o francês. Todavia, de uma forma mais velada, influenciando na sistematização da responsabilidade civil nos demais ordenamentos jurídicos não de uma maneira tão evidente quanto aquela imposta pelo *Code*, mas com influxos igualmente expressivos, como se terá oportunidade de tratar.

³²⁸ STURM, Fritz. **La formazione...**, cit., p. 71.

³²⁹ Neste sentido, consoante já afirmado anteriormente quando do tratamento dos contributos do direito romano e do direito intermédio, a culpa enquanto fundamento da responsabilidade civil não pode ser atribuída ao direito antigo, sendo uma verdadeira contribuição da codificação, especialmente clarificada pelo modelo dual alemão da culpa/ilicitude.

§ 2º OS ALICERCES JURÍDICOS DA NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Consoante foi possível demonstrar no item precedente, a responsabilidade civil na sua feição sistematizada – nos moldes em que atualmente conhecida e, mais do que isso, em que concebida – é fruto da codificação do século XIX. Tendo sido construída a partir de um modelo idealizado primeiro pelo pensamento jusracionalista (segunda sistemática) e, após, reelaborado pela pandectística (terceira sistemática), gerou frutos nos vários países de tradição continental que, não obstante diversos, em decorrência das influências sofridas por um ou outro modelo, têm um ideal semelhante.

Neste cenário, após as transformações e as elaborações que lhe foram agregadas ao longo das décadas de oitocentos, a responsabilidade civil aproxima-se do século XX com uma aparência de estabilidade, nomeadamente em decorrência de todo o substrato dogmático que lhe foi agregado. Daí porque a divisão do plano de exposição neste ponto, considerando o que lhe é posterior não mais como fundamento histórico da noção da responsabilidade, mas já como fundamento jurídico em si mesmo considerado, pois que ainda um modelo aberto em constante transformação e construção.

1. As repercussões da sistematização moderna da responsabilidade civil

Antes de se falar em ruptura do modelo sistematizado oitocentista, mas já sob um viés investigatório a partir dos seus fundamentos jurídico-dogmáticos, cumpre aferir como estes paradigmas estruturadores da noção moderna de responsabilidade civil repercutiram nos mais variados ordenamentos jurídicos, especialmente aqueles que mais de perto interessam ao objeto do estudo. Tanto porque isso representou, em

cada um deles, na transposição de uma experiência estrangeira concretizadora do direito após as transformações e as elaborações que lhe foram incorporadas ao longo do século XIX por meio da construção de um modelo sistematizado de imputação conducente ao que hoje se designa genuinamente responsabilidade civil.

Como foi possível demonstrar em momento precedente, a edição do *Code Napoléon* de 1804 influenciou deveras os mais diversos ordenamentos jurídicos, fazendo com que a solidez do conteúdo – político e normativo – do fenômeno codificatório oitocentista produzisse frutos não apenas no continente europeu, mas em todos os sistemas jurídicos seguidores da sua tradição. Daí que primeiro no influxo francês e, após, em uma linha de revisão tendente a ajustar muitas das normativas ao modelo proposto pelo BGB, vários foram os Códigos editados seguindo as suas diretrizes, o que bem justifica a relevância de ambas as experiências na formação da noção jurídica de responsabilidade.

O certo é que, a partir das suas edições, os Códigos Civis francês e alemão nortearam a modulação do conteúdo dos institutos jurídicos relacionados à responsabilidade civil. Assim é que o fenômeno codificatório não só foi o responsável pela efetiva criação da disciplina e do conteúdo da sua noção prevalente, ao menos nos seus moldes atuais, como por lhe conferir relativa independência (não só do direito penal, mas da própria dogmática contratual) e, com isso, permitiu fosse tratado, ainda que como uma das fontes das obrigações, com mais atenção se comparada com aquela que outrora lhe fora relegada desde o direito romano.

Daí a conveniência de se averiguar a forma como isso se deu nas ordens jurídicas italiana, portuguesa e brasileira, consoante linha de corte que segue a presente investigação, no seio do direito privado comparado.

1.1 A experiência italiana

Como não poderia ser diferente, a realidade italiana em matéria de codificação civil – e especialmente no que tange à primeira regulamentação sistematizada da responsabilidade civil – foi produto do momento histórico certo e determinado em que inserida. Daí que a promulgação do Código Civil de 1865, que se tornou viável na sequência da unificação do país, seguiu os exatos passos do modelo francês preconizado pelo *Code*, o que emblematicamente se extrai da regra contida no seu artigo 1151 segundo o qual “qualquer fato humano que cause dano a outrem, obriga aquele por culpa do qual sucedeu a ressarcir o dano”³³⁰.

Ora, ao que se infere da simples leitura do referido preceito – aliás, de clarezas redacional e ideológica bastante notáveis – e tendo em vista os elementos antes apresentados no que tange às diversidades dos modelos paradigmáticos de regulação da responsabilidade civil, é possível concluir que o *Codice* de 1865 seguiu a risca o sistema da *faute*, sendo, portanto, um notório fruto da segunda sistemática. Isso não apenas porque erigiu a culpa à condição de fundamento e de pressuposto nuclear da imputação civil, o que é uma marca indelével do século XIX, mas também porque deixou de referir de modo expresso a ilicitude enquanto pressuposto autônomo ao surgimento do vínculo obrigacional, tendendo, assim, a englobar em uma única verificação as ideais de contrariedade ao direito (objetiva) e de desvalor da conduta (subjativa) conducentes ao nascimento de um dever de reparar danos³³¹.

A fidelidade ao *Code* vem materializada também na sistemática adotada, pois tal qual os artigos 1382 e 1383 daquele Diploma completam-se para formar o sistema de imputação por delito e quase-delito³³², assim também o fazem os artigos

³³⁰ Tradução livre de “[q]ualunque fatto dell’uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno”.

³³¹ CASTRONOVO, Carlo. **La responsabilità Civile**. Esperienze europee a confronto. In: AAVV. I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Padova, CEDAM, 2002, p. 397.

³³² Assim como o congênere francês, o *Codice* vinha alicerçado nos conceitos romanos de delito e quase-delito: aquele como a conduta comissiva (caráter positivo do agir) representada pelo dolo ou pela culpa estrita; este, como a omissiva (caráter negativo do agir) traduzida na negligência. A propósito, ROTONDI, Mario. **Istituzioni di Diritto Privato**. 2ed. Padova: CEDAM, 1937, p. 375. Diferenciando as aludidas

1151 e 1152 do *Codice* de 1865, seguindo-se, ao depois, perfeita simetria entre ambos no que tange à regulação das responsabilidades pela custódia de animais, pelo fato da coisa e por fato de terceiro, com alguma novidade no modelo italiano quanto a esta última, relativamente aos tutores³³³.

Cumpramos aqui destacar que não obstante a lei tenha optado por designar os assuntos típicos da responsabilidade civil sob o título *[d]ei delitti e dei quase-delitti*, regulando ambas as figuras em dispositivos autônomos – na linha, aliás, da tradição romana sedimentada pelo *Code* –, a real identidade de regime entre as figuras permitiu antever uma categoria unitária e correspondente³³⁴ que levou a doutrina a paulatinamente passar a empregar de modo recorrente, ainda na sua vigência, a designação *responsabilidade por atos ilícitos*, a qual seria formalmente adotada a partir de 1942. Não obstante esta tentativa de emprego de uma designação mais precisa, contudo, este espírito aparentemente inovador não se reflete na sua inteireza, o que se verifica diante da assinalada prevalência da noção de culpa sobre a de ilicitude, tal qual no modelo francês, ao menos na estruturação dos pressupostos do dever de indenizar³³⁵.

figuras sobre o critério de que o delito importa em responsabilidade por fato da pessoa (fato próprio) ou *colpa positiva* e o quase-delito por fato exterior (da coisa ou de terceiro) ou *colpa negativa*, BARASI, Lodovico. **Istituzioni di Diritto Civile**. Milano: Francesco Vallardi, 1914, pp. 336 e 338, respectivamente. Sobre este desenvolvimento contraposto, acentuando a importância de ter sido possível a estruturação de dois conceitos gerais e abstratos para delito e quase-delito – impensáveis na fragmentariedade das figuras típicas do direito romano –, nos quais entram as mais variadas sortes de fatos injustos e lesivos; assim, DE RUGGIERO, Roberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. 4ed. Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1926, v. II, p. 452. Assinalando a aparente irrelevância desta diferença do ponto de vista prático, sob a alegação de que ambas conduzem à imputação de danos de igual modo, não obstante observe que a marca diferencial delas está no fato de que o delito é essencialmente doloso e o quase-delito, culposo propriamente dito, ASCOLI, Alfredo. **Istituzioni di Diritto Civile**. 2ed. Napoli: Francesco Perrella, [s.ed], p. 178; igualmente, DUSI, Bartolomeu. **Istituzioni di Diritto Civile**. Atual. M. Sarfatti. Torino: Giappichelli, 1929, v. II, p. 29.

³³³ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**, cit., pp. 370-371.

³³⁴ DE CUPIS, Adriano. **Dei fatti illeciti**. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura di). *Comentario del Codice Civile. Libro quarto. Delle obbligazioni. Art. 1992-2059*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1964, p. 286.

³³⁵ ASCOLI, Alfredo. **Istituzioni...**, cit., p. 178. Assinalando o fato de residir na culpa – e não na ilicitude, ao menos no seu conceito estrito – o real surgimento da obrigação de indenizar, bastando, para tanto, qualquer um dos seus graus (non si ha colpa, né quindi responsabilità), DUSI, Bartolomeu. **Istituzioni...**, cit., p. 30. De igual sorte, atrelando os conceitos de culpa e ilicitude, para o fim de lhes dar interdependência, na medida em que a verificação daquela é imprescindível à ilicitude do fato danoso, BARASI, Lodovico. **Istituzioni...**, cit., p. 336.

Assim, ao que se vê, não só a experiência italiana seguiu a linha tendencial de consagração extrema do princípio da culpa, ao asseverar que qualquer fato humano causador de dano a terceiro obriga a indenizar justamente pela culpa da qual decorre, como ainda reproduziu de modo quase literal o conteúdo dos artigos 1151, 1152, 1153, 1154 e 1155 do Código Civil francês³³⁶, compartilhando, pois, os modos de regulação, integralmente fiel, portanto, ao modelo a que se filiou.

E a doutrina produzida no período tenderá a seguir sem rupturas iniciais³³⁷ esta tradição, especialmente quando afirma que se não há violação ilícita do direito de outrem é porque não há culpa, de modo que esta engloba aquela valoração, sendo, ambas, as facetas objetiva e subjetiva de um mesmo pressuposto³³⁸. Ou, em outras palavras, quando sustenta que a culpa do artigo 1151 deve ser compreendida em sentido amplo, a abarcar qualquer comportamento injusto atribuível a pessoa imputável e causador de dano, nos exatos termos estruturais contidos no conceito francês de *faute*³³⁹.

Nestes termos, é possível dizer que o sistema de imputação de danos italiano, a partir do *Codice* de 1865, estabeleceu-se na linha do paradigma francês de cláusula geral (delito e quase delito) baseada em pressuposto único e com fundamento na culpa; e dele deflui uma experiência jurídica mais ou menos semelhante com, ao

³³⁶ DI MARTINO, Vittorio. **La R.C. nelle attività pericolose e nucleari**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 05

³³⁷ Faz-se menção a uma linearidade apenas inicial fundada no princípio absoluto da culpa, pois, como adiante se verá, as primeiras décadas do século XX já permitirão, mesmo que com alguma parcialidade, dar início a alguma ruptura neste quadro de estabilidade de fundamento. Tanto que é possível antever já na doutrina escrita na vigência do Código de 1865 a referência a um “novo princípio de responsabilidade” desenvolvido a partir das situações relacionadas à imputação por fato da coisa, nos moldes, aliás, do que também se verificara na França na mesma altura. Tal princípio, consoante aponta DE RUGGIERO, Roberto. *Istituzioni...*, cit., p. 458, estaria fundado “sulla intrinseca ingiustizia che deriva dal consentire che un patrimonio si trovi diminuito per fatto d’una terza persona, tuttochè non imputabile per difetto di discernimento: l’esigenza della riparazione del patrimonio danneggiato per causa del titolare d’un altro patrimonio porta (si dice) a considerare semplicemente il rapporto di causalità tra il fato e il danno, ed eliminando ogni ricerca sulla imputabilità o meno dell’azione dannosa, a porre a carico dell’autore del fatto l’obbligo del risarcimento”. A regra, contudo, é que estas situações sejam reconhecidas como indenizáveis sob o fundamento de terem decorrido de “presumida falta de vigilância”, conceito este absolutamente compatível com a noção de culpa estrita; a este respeito, ASCOLI, Alfredo. *Istituzioni...*, cit., p. 180.

³³⁸ ROTONDI, Mario. *Istituzioni...*, cit., p. 379.

³³⁹ DE RUGGIERO, Roberto. *Istituzioni...*, p. 455. O autor reconhece expressamente a inspiração francesa do precitado artigo, referindo, ainda, a importância da consagração da figura dos quase-delitos, compreensíveis, nos termos do que também fora previsto no *Code*, como as situações de responsabilidade por ato de terceiro ou por mera culpa (não dolosa), não com a fragmentariedade romana, mas de uma maneira mais geral e abstrata, como permitiu a sistematização codificatória.

mesmo tempo, uma ampla possibilidade normativa de verificação das situações ensejadoras de uma obrigação indenizatória – em razão da regulamentação por meio de cláusula geral, em ruptura à tipicidade romana – contraposta a uma interpretação inicial de cunho exegético a lhe fazer as vezes de travão e contentor das hipóteses de cabimento da responsabilidade.

Por outro lado, é de se registrar que a escolha de alguns dos temas para regulação – o que, em verdade, não foi propriamente uma criação italiana – resta por refletir uma sociedade ainda agrária e com um processo de industrialização relativamente incipiente (não obstante as perspectivas de expansão) na qual o dano provocado por um animal é tão importante e frequente a demandar um dispositivo específico e um incêndio em um edifício, de igual modo, é fato recorrente e devastador³⁴⁰.

Neste particular, é marcante a tentativa de redução de todas as situações à ocorrência da culpa que, tal qual preconizado pelo modelo francês, assume as vezes de fundamento unitário da imputação de danos. Tal situação, por vezes, em decorrência da já crescente diversidade dos casos, demandará um esforço de construção *ficto iuris* no sentido de viabilizar a sua subsunção naquela regra, podendo-se citar como exemplo as teorias da culpa *in eligendo* ou da culpa *in vigilando*³⁴¹, especialmente nos casos de responsabilidade por fato da coisa ou por fato de terceiro.

³⁴⁰ DI MARTINO, Vittorio. **La R.C nelle attività pericolose...**, cit., p. 06.

³⁴¹ DUSI, Bartolomeu. **Istituzioni...**, cit., pp. 33-33. Com expressa percepção acerca da artificialidade da redução de ditas situações ao princípio da culpa, o que é atribuível, por certo, à sua contemporaneidade, DI MARTINO, Vittorio. **La R.C nelle attività pericolose...**, cit., p. 06. É interessante destacar, contudo, que não obstante a regulação legislativa tenha tratado a culpa como pressuposto inarredável e fundamento unitário da responsabilidade civil, refletindo, portanto, o pensamento doutrinário que antecedeu a codificação, é possível antever na sequência da sua entrada em vigor – portanto, já no século XX – algum esforço em reconhecer, especialmente nas figuras de imputação pelo fato da coisa, situações de responsabilidade que ultrapassassem o conceito de culpa, o que, aliás, também não foi estranho à realidade francesa, como adiante se verá. Sobre o tema, DE RUGGIERO, Roberto. **Istituzioni...**, cit., p. 418; igualmente, BARASI, Lodovico. **Istituzioni...**, cit., p. 340, não obstante destaque o caráter absolutamente excepcional de qualquer imputação que fuja da culpa.

1.2 A experiência portuguesa

Em Portugal, entrou em vigor em 1867 o primeiro genuíno Código nacional, já que recedido que fora apenas de sucessivas compilações legislativas sem conteúdo sistemático, dentre elas, por último, as Ordenações Filipinas. A par da existência de pontos de originalidade, até mesmo porque o país possuía um direito próprio – formado, é verdade, sobre as bases do direito comum e influenciado pelos Glosadores e pelos Comentadores da Idade Média – viabilizado pela sua relativa unidade nacional, que remonta já ao século XII, é possível afirmar que, tal qual seu contemporâneo italiano, trata-se de um diploma de nítida inspiração francesa³⁴².

Em razão disso, no que diz respeito à responsabilidade civil, seguiu o caminho aberto pelo *Code*, regulando-a por meio de uma cláusula geral com pressupostos bastante abertos do ponto de vista da técnica legislativa; assim, no seu artigo 2361, estabeleceu que “[t]odo aquelle, que viola ou offende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causar”. A tal preceito seguiram-se uma série de outros, que completam o Livro destinado a tratar da responsabilidade civil, muitos deles constituindo-se em autênticas traduções literais do congênere francês³⁴³, não obstante já se anteveja alguma novidade mesmo na nomenclatura do item respectivo, que deixou de aludir aos delitos e aos quase-delitos, como o fizeram os Códigos Civis francês e italiano.

Chama a atenção na disciplina portuguesa o fato de o preceito retrocitado não fazer menção expressa à culpa, mas somente à corrente definição de ilicitude (viola ou ofende direitos de outrem), circunstância que poderia aparentar não só uma

³⁴² Usualmente denominado de *Código Seabra*, em alusão ao responsável pela sua elaboração, o Visconde de Seabra, é considerado pela doutrina como um diploma de boa qualidade técnica, fruto típico da segunda sistemática, no qual restou clara a preocupação com a racionalidade, sem prejuízo de apresentar feição nitidamente individualista, pois fundamentado no liberalismo político e econômico que, com a Revolução Francesa, espalhou-se pelo continente europeu de modo generalizado. Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte geral. Coimbra: Almedina, 2009, v. I, t. I, p. 125; igualmente, JUSTO, António dos Santos. **O Código Napoleão e o Direito Ibero-Americano**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, v. LXXI, separata, 1995, p. 36. Essa também é a impressão de COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História...*, cit., pp. 434-435.

³⁴³ CORDEIRO, António Menezes. **Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais**. Lisboa: Lex, 1997, p. 450

preponderância deste pressuposto em relação àquele, mas mesmo uma presunção – equívoca, por certo – da adoção de um generalizado regime de responsabilidade objetiva³⁴⁴. Todavia, mais do que uma inovação, o silêncio eloquente do Código de Seabra em relação à culpa costuma ser atribuível muito mais aos possíveis embaraços advindos da tradução da *faute* que, consoante já mencionado, tinha um conteúdo jurídico relativamente impreciso, do que a uma inovação propriamente dita³⁴⁵.

O certo é que, independentemente desta ausência de menção expressa à culpa, a experiência jurídica antecedente à regulação³⁴⁶ ou mesmo uma atmosfera liberal bastante próxima daquela encontrada na França pós-Revolução restaram por se encarregar de suprir a omissão legislativa. Nestes termos é que a obrigatoriedade do requisito da culpa e a sua condição de fundamento da imputação passaram a ser extraídas da menção à necessidade de uma violação ou ofensa a direitos, tal qual referido no preceito legal de regência, em tudo alinhada com o pressuposto único de imputação civil consagrado pela *faute* francesa³⁴⁷.

Nestes termos, a estruturação de uma interpretação de cunho exegético do artigo 2361 do Código de Seabra conduziu a um entendimento inequívoco acerca da imprescindibilidade da verificação da culpa ao dever de indenizar, fazendo com que o papel da *faute* viesse a ser aparentemente desempenhado pela ilicitude, tudo numa absoluta tendência de interpenetração conceitual entre ambos os pressupostos³⁴⁸.

³⁴⁴ Consoante esclarece CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 357, a ausência de menção expressa à culpa ou mesmo da inclusão de uma tradução literal da expressão *faute* levou alguns doutrinadores a defenderem que o sistema havia consagrado uma regra geral de responsabilidade civil objetiva, o que foi prontamente afastado, na linha de uma interpretação do dispositivo aos moldes franceses.

³⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Responsabilidade Civil...**, cit., p. 450.

³⁴⁶ A realidade que resta por ser cristalizada no Código de 1867 tinha, em muito, similitude com aquela que antecedeu a promulgação do *Code*, tanto em razão da aplicação viva em Portugal do direito romano recepcionado e de todos os substratos filosóficos e dogmáticos que lhe tinha sido agregado pelas Escolas modernas, especialmente em matéria de danos, como também de uma interpretação tendencialmente exegética que, em verdade, encontrará na regra do artigo 2361 terreno fértil à operacionalização do modelo francês.

³⁴⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 357. Para um apanhado da doutrina produzida no período, a demonstrar que a ação ou omissão que viola o direito de outrem – conceito usualmente associado à ilicitude – era tida como um dos elementos (elemento objetivo) da culpa, ver SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indenizar**. Lisboa [s.ed.], 1944, pp. 170-173.

³⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Responsabilidade Civil...**, cit., p. 450.

Não tardará, contudo, para que esta sistemática venha a ser logo questionada, tarefa especialmente atribuível, em Portugal, à introdução, por Guilherme Moreira, da ciência jurídica derivada do pandectismo germânico³⁴⁹ cujo paradigma de responsabilidade civil vinha alicerçado numa dogmática um tanto diversa, já fruto da terceira sistemática.

E esta influência refletir-se-á, por já, não apenas na substituição de um positivismo legalista por um positivismo científico³⁵⁰, a permitir uma nova aplicação da regra do artigo 2361 do Código de Seabra, passando-se a reestruturar na doutrina a tradição de pressuposto único ao fim de se reconhecer a autonomia da ilicitude, mas nos próprios trabalhos preparatórios a um novo Código Civil, tal qual, aliás, verificar-se-á também cenário jurídico italiano³⁵¹.

1.3 A experiência brasileira

O Brasil, até mesmo pela altura em que se deu a promulgação do seu primeiro Código, produziu um diploma já com alguma influência do modelo alemão, não obstante, consoante reiteradamente afirmado pelos comparatistas, tenha

³⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Responsabilidade Civil...**, cit., p. 451-457.

³⁵⁰ NEVES, António Castanheira. **Antologia**: Nótula a propósito do estudo sobre responsabilidade civil de Guilherme de Moreira. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LIII, p. 381 (pp. 381/390), 1977.

³⁵¹ Esta tendência de reestruturação pode ser bem percebida na doutrina formulada ainda na vigência do Código de 1867, mas já sob as influências não apenas da terceira sistemática e, portanto, da experiência jurídica germânica em matéria de responsabilidade civil, mas das próprias necessidades que serão postas à ciência jurídica ao longo do século XX. Neste sentido, cumpre assinalar as observações de MONCADA, L. Cabral de. **Lições de Direito Civil**. Parte geral. 2ed. Coimbra: Coimbra, 1954, pp. 456-457, quando observa que, para a doutrina tradicional, não era possível falar em responsabilidade quando o dano ou a violação do direito não encontrassem a sua causa moral no dolo ou na culpa, ou não “pudessem ser reconduzidos a um elemento psicológico de intencionalidade”. E, diante disso, reconhece-se que esta aceção foi plasmada com *status* de dogma na essência do Código (mesmo que nem tanto na letra), o que era necessário combater diante de novas realidades, sendo “uma conquista do direito positivo moderno ter sabido alargar constantemente o número de casos em que às pessoas se atribuem certas responsabilidades *independentemente* de culpa” (grifos do original). Aqui, contudo, já está a falar de uma realidade vivida no limiar do Código de Seabra, a refletir muito mais o período que se seguirá do que a sua real essência.

predominado um conteúdo de inspiração francesa³⁵². Assim é que o Código Civil de 1916, no artigo 159 da sua Parte Geral³⁵³, estabelecia que “[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”³⁵⁴.

Trata-se de uma fórmula com alguma inspiração germânica, não apenas por estar inserida em uma parte geral, mas em especial por fazer menção expressa e autônoma à culpa (negligência ou imprudência) e à ilicitude, que estaria contida na designação “violar direito, ou causar prejuízo”³⁵⁵. Todavia, a sua aplicação seguiu, curiosamente, um modelo mais próximo do francês, com o reconhecimento da indenizabilidade a partir de um juízo único de valoração. E a demonstração desta conclusão dá-se a partir do exame da doutrina produzida sob a sua égide.

Nesta linha, é frequente observar que não obstante haja uma alusão expressa à ilicitude, que vem associada à “violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma”, o seu conteúdo tende a misturar-se ao conceito de culpa, assim demarcado como a “quebra do dever a que o agente está adstrito” ou, ainda, como “toda espécie de comportamento contrário ao direito, seja intencional ou não, porém imputável por qualquer razão ao causador do dano”³⁵⁶.

³⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 119. Segundo o autor, o que o faz após analisar um a um os dispositivos do Código de 1916, não obstante a estrutura topográfica seja germânica, foi o *Code* o inspirador da maior parte dos dispositivos, no seu conteúdo.

³⁵³ O regime da responsabilidade civil extracontratual vinha complementado pelos artigos 1518 a 1532 do Título VII do Livro III (Direito das Obrigações) da Parte Especial, que tratavam com mais minúcia das obrigações decorrentes dos atos ilícitos.

³⁵⁴ Neste particular, seguindo o preconizado pela doutrina italiana mais tradicional, poder-se-ia dizer, inclusive, que está expressa na letra do artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1916 a opção pela partição romana acolhida pelo *Code* entre delito e quase-delito, aquele subsumido na ação própria e, este, na negligência e na imprudência, tal qual feito pelo *Codice* de 1865. Neste sentido, ROTONDI, Mario. *Istituzioni...*, cit., p. 375.

³⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 358. É bem verdade que esta é uma leitura atual do aludido preceito, havendo dúvidas se, ao seu tempo, foi realmente entendido como nítida expressão do modelo dual alemão. Acerca do tema, consinta-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual**: um exame em perspectiva comparada (lusu-brasileira). Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, a. 3, n. 6, 2017, pp. 1163 e ss.

³⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, pp. 416 e 418. No mesmo norte, com uma identidade conceitual aparentemente ajustada à *faute*, MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações** (2ª parte). Contratos. Declarações Unilaterais de Vontade. Obrigações por Atos Ilícitos. 9ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 389,

Destes excertos é que se extrai uma aparente associação do regime de pressupostos brasileiro àquele corporizado na *faute* francesa, o que não raro aparece em outros autores ainda de modo mais direto, não apenas com a supressão expressa da ilicitude enquanto conceito autônomo e imprescindível ao surgimento do dever de indenizar³⁵⁷, mas também com a alusão ao artigo 1382 do *Code* como fonte de inspiração à regra do artigo 159 do Código de 1916³⁵⁸.

Aqui não se desconsidera que, tal qual sucedeu na Itália e em Portugal, trata-se de regular a responsabilidade civil por meio de cláusula geral única (atipicidade do ilícito), nos moldes da experiência francesa, o que coincidiu com a sua aplicação prática. O que se quis antes assinalar é o fato de que, especificamente quanto aos pressupostos, a ilicitude aparentava estar bem demarcada na letra da lei, de maneira autônoma em relação à culpa, nos moldes da tradição do BGB; não obstante isso, a sua concretização por meio da doutrina e da jurisprudência tendeu a seguir uma linha de confusão conceitual associativa entre ambas, nos moldes da *faute*.

A explicação para este fenômeno talvez decorra da forte influência exercida na altura pela doutrina francesa nos autores brasileiros, induzindo concluir que não se tivesse, naquele momento histórico, uma precisa consciência acerca da diversidade dogmática entre os modelos do *Code* e do BGB quanto aos pressupostos da responsabilidade civil e, por consequência, os reflexos disso das doutrinas respectivas de cada país³⁵⁹.

para quem “[c]ulpa *extracontratual* ou *aquiliana* é a resultante da violação de dever fundado num princípio geral de direito”; também em MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte geral**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 270, quando afirma que “[n]a culpa ocorre sempre a violação de um dever preexistente” associado ao “preceito geral, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios (*alterum non laedere*)”.

³⁵⁷ Assim consta em RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I, p. 271, quando assinala que são pressupostos da responsabilidade aquiliana a “ação ou omissão do agente”, a “relação de causalidade”, a “existência de dano” e a presença de “dolo ou culpa” do agente.

³⁵⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 19ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 13. O autor sustenta a inspiração francesa também ao artigo 186 do atual Código Civil, o que não é uma inverdade se observar do ponto de vista da técnica redacional (cláusula geral), não obstante deixe de corresponder integralmente em se tomando por base o regime de pressupostos.

³⁵⁹ Neste particular, basta observar, ainda em PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...**, cit., pp. 418-419, que o autor, quando bem delimita o campo da ilicitude, alicerça seus estudos no pensamento de Enneccerus, ao passo em que, quando recorre à noção próxima da *faute* para demarcar o conteúdo do conceito de culpa, faz referência à obra de Savatier; daí porque pensar que não houvesse uma plena identificação acerca da diversidade dos modelos que, naquela oportunidade, serviam de paradigma à estruturação de uma realidade genuinamente brasileira.

E esta confusão conceitual – mesmo que já não atrelada propriamente à *faute* – ainda pode ser verificada quando parcela da doutrina, partindo de um conceito alargado de ilicitude, parte-o em dois para o fim de contrapor uma aceção objetiva, consistente na desconformidade com o direito vigente (ilicitude *stricto sensu*), e uma aceção subjetiva, consubstanciada em um juízo de censura ou desvalor em relação ao agir do agente, próxima do conceito de culpa *lato sensu*³⁶⁰.

Este último entendimento poderia ser visto já como a gênese da efetivação de um sistema dual no que toca aos elementos do dever de indenizar, com a fragmentação do pressuposto amplo da ilicitude (mesmo que ainda com nomenclatura única) em dois: um de natureza objetiva, a ilicitude propriamente dita, e outro de natureza subjetiva, a culpa. Ocorre que, não obstante aqui se possa antever alguma evolução conceitual, ainda não representa uma autêntica correlação com o direito positivo então vigente, no qual a ilicitude vinha já em algum grau identificada como pressuposto autônomo do dever de indenizar e não como uma decorrência da culpa, ou vice-versa.

Diante deste panorama, é imperioso assinalar a existência de alguma imperfeição quanto à gestão do regime de pressupostos no sistema jurídico brasileiro, o que tende a se refletir na jurisprudência, de modo a conduzir a uma construção por vezes empírica das hipóteses em que cabível a imposição de um dever de reparar danos. E os reflexos disso serão indeléveis da formação de toda uma geração de juristas, o que tende a projetar na vivência de uma praxe nos moldes da *faute* francesa mesmo à vista de um aperfeiçoamento legislativo posterior.

A situação somente não veio de encontro aos anseios de segurança e de estabilidade então reinantes tal qual produto do século XIX – o que se poderia dar por intermédio de um alargamento demasiado do âmbito de incidência da responsabilidade civil – em razão da grande influencia do positivismo jurídico, a

³⁶⁰ Assim, CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 31 e ss. No mesmo norte, afirmando expressamente que “a antijuridicidade subjetiva pressupõe a existência de culpa”, PAZZOLO, Paulo Ricardo. **Ato Ilícito Civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 17, v. 33, mar./2000, p. 242.

reconduzir, também por inspiração francesa, a uma interpretação exegética da norma que, em verdade, trazia em si um grande potencial a ser explorado.

2. O século XX e os seus reflexos sobre a noção de responsabilidade

A segurança jurídica tão almejada pela forma como fora sistematizada a dogmática da imputação de danos não obteve sucesso em se manter indiferente às transformações de cunho econômico e social que se seguirão no curso do século XX. E são justamente estas transformações que lhe vão impor novos questionamentos, os quais, pela sua profundidade e, mais do que isso, heterogeneidade de matizes, exigirão respostas que a dita aparente estabilidade não conseguirá oferecer.

Daí afirmar-se que a crise que afeta a responsabilidade civil não só é antiga como, em verdade, nunca cessou³⁶¹, pois sempre sobrevêm novas turbulências logo após as aparentes calmarias. Não foi diferente com os acontecimentos que se seguiram ao longo do século XX e se projetaram no século XXI, alterando profundamente não apenas as suas mais sagradas concepções, como também o seu modo próprio de operacionalizar soluções. Tanto que o questionamento que hoje se põe – e, por isso, deve pautar o exame dos contornos jurídicos do instituto em causa – é saber até onde se pode (ou se deve) chegar com a responsabilidade civil.

Desde as suas origens, é possível verificar um acentuado alargamento da reparação de danos para abranger situações que outrora lhe escapavam. Tal fenômeno pode ser evidenciado ainda no direito romano, consoante já tratado, a partir de uma constatação do espaço que o instituto recebera na Lei das XII Tábuas, onde lhe era reservado tratamento deveras fragmentado, e as suas inúmeras ampliações a partir da *Lex Aquilia*. A isso se seguiram sucessivas construções até a

³⁶¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 64.

sistematização metodológica da codificação oitocentista que, aparentemente, dera-lhe os limites que decorreriam da sua estrutura dogmática de pressupostos.

Pois bem, já ainda durante o curso do século XIX, mas com especial força a partir dos primeiros anos do século XX³⁶², seguir-se-á um novo e especial incremento do seu espectro de incidência, que refletirá na sua dogmática aparentemente estabilizada com os Códigos.

E isso se dará por intermédio de dois fatores com natureza variada (econômica, sociocultural, política), mas com profundos reflexos jurídicos: primeiro a industrialização, iniciada já em momento precedente, mas que então passa a lhe cobrar novas soluções; mais tarde, especialmente após a II Guerra Mundial, as preocupações humanistas que tomaram o direito civil no seu limiar³⁶³.

2.1 A descoberta do risco e a sua gestão

A dogmática contida nos dois modelos tradicionais de imputação de danos verificáveis no direito de tradição continental fora talhada, como se viu, a partir dos antecedentes que ensejaram o desenvolvimento de um e de outro, ambos com nomeada semelhança de essência, não obstante com alguma diversidade de soluções estruturais. Não foi diverso com os seus reflexos nas demais ordens jurídicas, tal qual se viu a partir do cotejo entre a experiência dita histórica e aquelas partilhadas pelos ordenamentos italiano, português e brasileiro em matéria de responsabilidade civil.

³⁶² Com efeito, deve-se assinalar que as ditas transformações iniciam já no século XIX, sendo quase concomitantes com a solidificação do paradigma codificatório que, como se viu, ultimar-se-á apenas com o Código Civil alemão de 1986. Tanto que as primeiras preocupações com a impossibilidade de se dar uma atenção adequada aos acidentes cuja indenizabilidade não podia ser alcançada com base nas estruturas da responsabilidade civil são, certamente, associadas já às consequências da gênese da Revolução Industrial. Todavia, considerando que os reflexos de maior vulto têm lugar ao longo do século XX, logo desde o seu início, adotou-se a aludida referência temporal, mas com a presente ressalva. Para uma evolução a respeito, sem prejuízo do que adiante será tratado, ver a síntese contida em FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade e Socialização do Risco**. Coord. Marcelo Dias Varella. Trad. Michel Abes. Brasília: UniCEUB, 2006, pp. 21 e ss.

³⁶³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 409.

Todas elas tiveram, por isso, o objetivo de atender necessidades de uma sociedade que, não obstante já conhecesse traços de aprimoramento da produção, ainda vivenciava uma realidade em que os riscos eram ao menos parcialmente domináveis pelo homem.

A tão almejada estabilidade jurídica trazida pela codificação, contudo, seria passageira. Profundas transformações de ordem variada – preponderantemente econômicas e sociais – que se iniciaram já no século XIX avançaram avassaladoramente nos anos seguintes a 1900, trazendo demandas intransponíveis em matéria de imputação de danos, ao menos a partir do direito então posto. Era momento de um novo repensamento que, passado mais de um século, ainda se prolonga com a mesma intensidade até os dias atuais.

2.1.1 *Responsabilidade civil e industrialização*

Durante o século XVIII, a economia das nações foi preponderantemente agrária³⁶⁴; na transição para o século seguinte, todavia, a evolução foi brutal, fazendo com que, já por volta de 1890, a industrialização da maior parte da Europa fosse quase completa, o que propiciou a projeção da sua hegemonia sobre os negócios mundiais. Os dispositivos manuais ou mecânicos simples foram substituídos por máquinas e as pequenas manufaturas por fábricas que viam nas novas formas de energia (carvão mineral, vapor e eletricidade) e nas máquinas que com elas funcionavam um meio de produzir mais e melhor e obrigavam o artesão e o agricultor a tornarem-se operários, tudo a promover mudanças de cunho econômico e social sem precedentes³⁶⁵.

Contrariamente à ruptura política promovida pela Revolução Francesa, da qual advieram instantâneas alterações jurídicas, quando se fala em industrialização ou

³⁶⁴ Para um panorama sobre a crise econômica que antecedeu o processo de industrialização, o que não encontraria espaço no corpo da presente investigação, ver HOBBSBAWM, Eric. **En torno a los orígenes de la revolución industrial**. Trad. Ofelia Castillo y Enrique Tandeter. Madrid: Siglo Veintiuno, 1978, pp. 19 e ss.

³⁶⁵ ANDERSEN, W. O. **A revolução industrial**. Trad. Maria Ondina. Lisboa: Editores Associados, 1969, pp. 07-08. Ainda segundo o autor, é possível identificar uma série de *revoluções* dentro da mesma Revolução industrial, começando-se com a do carvão e do ferro, entre 1780 e 1850, à qual se seguiu a do aço e da eletricidade, entre 1850 e 1914, afetando os diversos países da Europa com formas e ritmos variados, mas em todos eles especialmente antes de 1900.

mesmo em Revolução Industrial não há marcos estanques ou um giro de moldes semelhantes àquele evento, mas sim influências que se fizeram sentir paulatinamente no Direito ao longo do seu quase um século de desenvolvimento. Tanto que mesmo quando empregada a designação Revolução Industrial para fazer alusão à substituição do trabalho manual pela máquina, tal deve ser feito em um sentido bastante amplo, especialmente quando se pretende tratar das suas consequências jurídicas, a referir, em verdade, a completa mobilização da produção, do capital e do solo e, com isso, a criação de uma sociedade empreendedora, livre de vínculos e em plena expansão³⁶⁶.

Daí que não obstante seja possível situar temporalmente o fenômeno industrial, apresenta-se dificultoso falar em marcos absolutos, em início ou em fim, sendo oportuno perceber que, pela sua influência difusa e heterogênea nas mais diversas nações, os reflexos deste processo econômico e social na ciência jurídica e, designadamente, na responsabilidade civil, talvez tenham se apresentado um pouco retardado. O caso tome as suas mudanças tecnológicas como marco³⁶⁷. Porém, quando o fizeram, suas consequências foram igualmente profundas e irreversíveis, sucedendo-se diversas revoluções dentro da mesma Revolução³⁶⁸.

³⁶⁶ WIEACKER, Franz. **Diritto privato e società industriale**. Trad. Gianfranco Liberati. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, pp. 76-77.

³⁶⁷ A referência à aludida demora na produção de reflexos sobre a responsabilidade civil deve-se ao fato de que, consoante referido, o fenômeno que usualmente se designa por *Revolução Industrial* não em sentido de ruptura política, mas de mudança completa no paradigma econômico – por isso revolução. Assim, sem prejuízo das divergências históricas a respeito, teve lugar ainda durante o século XIX, desde o seu limiar. Isso, contudo, não impediu a solidificação, nos Códigos, do modelo liberal de regulação da vida privada motivado pela ruptura política – esta sim, deveras brusca – que lhe antecedeu, mesmo porque o liberalismo, enquanto ideologia conducente, também era mote desta dita *Revolução*. As transformações advirão das consequências que as suas mudanças implicaram, de modo que algum tempo levou para isso fosse efetivamente percebido pela ciência do direito; por isso as alterações concretas no modo de ver as respostas que o direito fornecia às situações que lhe eram postas passaram a ter lugar, especialmente sobre o modelo de responsabilidade fundado no dogma da culpa, apenas no fim do século XIX e, mais fortemente, nas primeiras décadas do século XX. A este respeito, relevantes são as ponderações de WIEACKER, Franz. **Diritto Privato...**, cit., pp. 93 e ss., especialmente pp. 104-109, quando trata do que já poderia ser considerado reflexo da dita Revolução Industrial sobre a pandectística e, por isso, sobre o BGB. Neste cenário, não há uma referência expressa à responsabilidade civil delitual, o que bem ratifica a impressão de que, nesta seara do direito civil, os reflexos foram um pouco mais tardios e, de início, mais comedidos.

³⁶⁸ Esta é a impressão de JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil**. Trad. Raul Lima. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 38, fasc. 456, jun. 1941, p. 548, quando se refere às transformações sofridas pela responsabilidade civil ao longo do século XX, definíveis pelo autor, em razão das suas especiais rapidez e profundidade, não só como uma evolução, mas como uma verdadeira revolução.

Neste cenário, o processo de industrialização e de produção em série trouxe consigo inevitáveis ganhos, incrementando a criação e a circulação da riqueza através da tecnologia³⁶⁹, mas, em contrapartida, cobrou um preço por isto, o qual veio materializado na multiplicação dos danos em decorrência do agravamento dos riscos das atividades então desenvolvidas, exatamente donde advêm os seus reflexos sobre a responsabilidade civil.

A produção em escala industrial e todos os demais fenômenos de desenvolvimento que estão no seu entorno, dentre eles o aprimoramento dos meios de transporte³⁷⁰ e das formas de energia³⁷¹, propiciaram a ocorrência de situações danosas até então impensáveis que, em princípio, fizeram com que as suas consequências não pudessem ser aparentemente imputadas a ninguém.

Isso porque a produção pelo regime anterior fazia com os acidentes não só fossem mais contornáveis, em decorrência do controle que o utente tinha sobre a técnica e sobre a sua própria força ou sobre os equipamentos mais simples que usava, como também, quando verificados, fossem mais facilmente suportados pelas próprias vítimas, já que se antevia uma relação direta entre o seu agir e o acontecido. A máxima *casum sentit dominus* apresentava-se adequada para este cenário, mas aparentemente incompatível com uma realidade industrial na qual o anonimato – tanto do acidente quando da responsabilidade pelo fato – passa a ser uma constante.

³⁶⁹ Segundo GALBRAITH, John Kenneth. **O novo estado industrial**. Trad. Álvaro Cabral. 2ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969, p. 18, deve-se entender por tecnologia toda a aplicação sistemática de conhecimento científico ou organizado em tarefas práticas. Daí que a designação passará a ser empregada a partir deste momento para aludir ao início da mecanização da atividade produtiva, seguindo-se em uso no seu curso, designando os processos de aprimoramento por meio da ciência até os dias atuais.

³⁷⁰ Para demonstrar a importante relação entre o aprimoramento dos meios de transportes e a expansão da indústria, ANDERSEN, W. O. **A revolução industrial**, cit., p. 09, vale-se do exemplo da Alemanha que, segundo afirma, teve o seu desenvolvimento em larga escala atribuído – conjuntamente com outros fatores, por evidente – à expansão dos caminhos de ferro verificada em 1840, o que lhe permitiu a circulação da matéria prima e dos produtos e, com isso, um rápido progresso a caracterizar a sua primeira explosão industrial.

³⁷¹ A disponibilidade das fontes de energia foi uma condicionante inicial do desenvolvimento linear da indústria nos vários países europeus, especialmente enquanto houve uma dependência do carvão. Este seria, aliás, um dos tantos fatores para a pronta industrialização inglesa quando comparada à italiana, por exemplo, ou mesmo à francesa e à alemã, já que aquele país tinha largas e acessíveis reservas de carvão. O aprimoramento da técnica que permitiu a utilização do vapor fez, enfim, a industrialização acessível a todos, já que eventuais condicionantes geográficas podiam ser superadas com a substituição do carvão enquanto fonte de energia. Sobre o tema, ANDERSEN, W. O. **A revolução industrial**, cit., pp. 08-10 e 12-13.

Os estreitos limites impostos por um sistema de imputação fundado na culpa eram praticamente intransponíveis por aquelas novas realidades, havendo a necessidade de que a mutação promovida na seara econômica projetasse-se sobre a dogmática da responsabilidade civil, dando alternativas àqueles ditos danos do acaso que, por isso, tinham de ser suportados pelas vítimas; quanto mais considerando que estas realidades multiplicavam-se exponencialmente e, desta forma, traziam consigo uma profunda instabilidade social. Em outras palavras, o condicionamento da reparação à ocorrência e, principalmente, à prova de um juízo de reprovação da conduta do lesante expresso pela culpa tornava praticamente impossível tutelar juridicamente aquelas situações, ao menos diante das suas peculiaridades³⁷².

Para tanto, não se pode esquecer que a dogmática dos pressupostos da responsabilidade civil fora talhada pela codificação e, por isso, refletia relevantes interesses de uma classe dominante que nem sempre estava exposta ao mesmo risco e às mesmas vicissitudes das demais. Na medida em que a mutação dos processos de produção consolida-se³⁷³, outros grupos sociais restam por serem expostos aos riscos – e às consequências destes riscos materializadas nos acidentes³⁷⁴ – deste processo e,

³⁷² LEITÃO, Luís Menezes. **A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho**. In: MARTINEZ, Pedro Romano (coord.). Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2001, v. I, p. 544 (537-579).

³⁷³ Num primeiro momento do fenômeno industrial, e especialmente tendo em conta que o seu desenvolvimento implicava em benefícios sociais generalizados, estava presente no substrato ideológico da Ciência Jurídica que era mais vantajoso impor algum sacrifício à segurança individual das pessoas, preservando, deste modo, os interesses desenvolvimentistas das empresas. Daí que não obstante já se verificasse certo incremento na ocorrência de danos, apresentavam-se adequadas as restrições impostas pelo princípio da culpa à ampla reparação, tudo sob pena de se imporem entraves injustificáveis ao processo de industrialização ainda em fase de expansão. Acerca do tema, MONTEIRO, António Pinto. **A Responsabilidade Civil...**, cit., p. 323.

³⁷⁴ As novas formas de produção são expressivas neste sentido. Com a industrialização e a necessidade de produzir cada vez mais, as jornadas de trabalho são muito longas e as suas condições muito precárias. Neste cenário, sem prejuízo da potencialização dos riscos advinda do manuseio de máquinas, que por si só amplia as possibilidades de acidentes, a forma e o tempo de trabalho são fatores que somente vêm a agravar as chances de erros e, por conseguinte, de danos. Neste cenário, a vítima das circunstâncias torna-se algoz do seu próprio infortúnio, já que a culpa do lesado vai se tornar um poderoso filtro da obrigação indenizatória quando ela própria tem raízes no modo e na forma de produção. Daí a percepção da insuficiência do modelo tradicional de imputação para dar respostas dignas a estas realidades. A respeito das condições de trabalho no período inicial da industrialização, ver PIETSCH, Max. **A Revolução Industrial**. Da máquina a vapor à automação e à fissão do átomo. Trad. Alfredo Margarido. Lisboa: Guimarães Editores, 1964, pp. 32-34. Mais adiante, em outra passagem da obra, p. 64, o autor observa que as condições de trabalho durante o primeiro estágio da industrialização eram tão precárias que o próprio Estado liberal então reinante, dominado que era pela burguesia e

desta forma, não encontram no ordenamento jurídico erigido a partir dos Códigos e na sua dogmática, com anseios e valores próprios, resposta às suas necessidades³⁷⁵.

Se a *Lex Aquilia* veio a ser editada em razão dos anseios da plebe de ser indenizada quando dos danos suportados, que não eram cobertos pelo regime das XII Tábuas, também neste cenário a realidade jurídica estava a exigir mudanças na conformação da responsabilidade civil em moldes semelhantes aquele verificado no direito romano.

Por outro lado, as consequências da não indenizabilidade de tais danos eram insatisfatórias, pois, naquelas circunstâncias e considerando a exponencial escala em que passaram a se apresentar, mesmo não sendo possível satisfazer os pressupostos exigíveis por um sistema de imputação delitual fundado na culpa, não se mostrava razoável, a partir de um juízo de valor acerca do resultado, que a vítima suportasse aquele prejuízo. Neste cenário, era necessário pensar novas alternativas para tais situações, o que, contudo, teve um tempo de amadurecimento diverso, nomeadamente em decorrência das especiais características do processo de mutação da produção.

É oportuno observar que todo este influxo de mudança que, em verdade, é quase contemporâneo à codificação, apenas projetando os seus conflitos mais fortemente no curso do século XX, tem facetas diversificadas e consequências igualmente diversas na ciência jurídica, as quais, todas, refletir-se-ão sobre a responsabilidade civil e sobre as respostas que dela são esperadas. E estas respostas virão, conforme o sistema, por uma ou outra via, diante da aparente

pelos seus interesses, interveio para garantir uma mínima proteção aos empregados, podendo-se citar a respeito as Leis inglesas de 1802, de 1819 e de 1833 e a Lei prussiana de 1839.

³⁷⁵ WIEACKER, Franz. **Diritto privato...**, cit., pp. 14-15. As considerações do autor são profundas neste sentido e bem refletem o cenário de conflito de interesses que viabilizará a modificação de alguns dos paradigmas da responsabilidade civil, nomeadamente no que diz respeito aos acidentes de trabalho. Segundo ensina, o modelo social das codificações na Europa centro-ocidental veio alicerçado sobre a usurpação de uma única classe da sociedade econômica; isso fez da *borghesia possidente* a representante oficial dos ordenamentos jurídicos nacionais e impôs as suas escolhas às demais classes e categorias que, contudo, nem sempre tinham uma realidade ou mesmo uma condição de vida que a elas correspondesse. Daí os conflitos advindos especialmente das suas relações com a classe dos trabalhadores assalariados que passa a formar-se em período concomitante aos primeiros efeitos da revolução industrial que começam a se projetar sobre as relações jurídicas, os quais demandaram novas soluções por parte da responsabilidade civil.

intransponibilidade do esquema de pressupostos do regime geral de imputação de danos.

Na Alemanha, por exemplo, verificar-se-á a edição de uma série de diplomas prevendo a dispensa da culpa para fins de surgimento da obrigação de indenizar, podendo-se citar o pioneirismo da Lei Prussiana dos Caminhos de Ferro de 1838, a ela se seguindo a Lei de Responsabilidade de 1871³⁷⁶ e a Lei sobre Acidentes do Trabalho de 1884³⁷⁷, todas elas anteriores ao próprio Código Civil.

Já na França, a construção de situações de imputação sem culpa terá um surgimento inicial a partir do trabalho de criação da jurisprudência, primeiramente por meio da tentativa de extensão do regime de responsabilidade contratual a algumas situações (v.g., acidentes do trabalho)³⁷⁸ e, após, por intermédio da (re)interpretação do *Code*, especialmente dos seus artigos 1384, para os casos responsabilidade pela coisa sobre a qual se tenha guarda³⁷⁹, 1385, para as situações envolvendo danos

³⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 592.

³⁷⁷ LEITÃO, Luís Menezes. **A reparação de danos...**, cit., p. 545. Consoante observa o autor, o exemplo alemão restou seguido por inúmeros países, com a edição da Lei austríaca, de 23 de dezembro de 1887, da lei norueguesa, de 23 de julho de 1894, da Lei inglesa, de 06 de agosto de 1897, da Lei italiana, de 17 de março de 1898, e da Lei portuguesa de 24 de julho de 1913, dentre outras, a maior parte delas anteriores a própria vigência do BGB, que encerra o ciclo do fenómeno codificatório moderno.

³⁷⁸ Esta estratégia foi igualmente seguida na Suíça por ocasião da promulgação da Lei de 25 de junho de 1882, que determinava a aplicação, aos acidentes laborais, do sistema de responsabilidade contratual consoante o qual a responsabilidade do empregador somente era elidida se demonstrado que o dano decorreria de culpa exclusiva da vítima, de força maior ou de ato de terceiro estranho à empresa. Sobre o tema, MARTINEZ, Pedro Romano. **Acidentes do Trabalho**. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1996, p. 11.

³⁷⁹ O caso mais citado e que, talvez, reflita a mudança de um paradigma na jurisprudência francesa recebeu a designação de *arrêt Teffaine*, julgado pela Corte de Cassação em 16 de junho de 1896. A situação envolvia a morte de um operário em decorrência da explosão do cano de vapor de um rebocador. Na oportunidade, mesmo não havendo prova da culpa dos proprietários empregadores, estes foram condenados a reparar a viúva sob a alegação de que o acidente se originara num vício de construção da embarcação. A decisão favorável à demandante fora proferida pela Corte de Apelação de Paris e confirmada pela Cassação com fundamento na noção de guarda contida no artigo 1384 do *Code*, assentando-se no fato de que como não havia culpa da vítima, os danos deveriam ser suportados pelos proprietários, não lhes sendo facultada prova liberatória no sentido de ausência de culpa sua para o sinistro. É de se notar que a evolução é ainda parcial, pois a responsabilidade sem culpa podia ser elidida, consoante se assentou com o julgamento do *arrêt Grange* pela Cassação, em 30 de março de 1897, quando demonstrado que não havia erro por parte do empregador ou vício na coisa envolvida no acidente. Para um panorama evolutivo acerca do tema, inclusive com referência à jurisprudência administrativa, ver FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade...**, cit., pp. 24-25. Em verdade, a completa evolução da interpretação do artigo 1384, já não mais para os casos de acidente do trabalho, diante da existência de lei específica, mas para as situações de responsabilidade pelo fato da coisa, completa-se apenas com a decisão da Cassação de 13 de fevereiro de 1930, no *arrêt Jand'heur*, oportunidade em que se assentou que mesmo que não houvesse vício, a responsabilidade decorreria do fato da coisa e, por isso, era imputável ao proprietário. O caso é interessante, pois não obstante envolva

causados por animais³⁸⁰, e 1386, pela ruína de edifícios. Só então é que se seguiu uma solução legislativa para questões pontuais como, *v.g.*, com a edição da Lei de 1898, em matéria de acidentes do trabalho³⁸¹.

O tratamento temático que a questão dos regimes de imputação recebeu bem evidencia que as inovações jurídicas eram diretamente associadas aos problemas que advinham dos pontuais avanços tecnológicos. Tanto que não por acaso a expansão dos caminhos de ferro foi, ao mesmo tempo, o grande motor da industrialização³⁸² e a primeira das áreas a receber um tratamento diferenciado em matéria de alteração dos pressupostos da obrigação de indenizar. Em outras palavras, na medida em que os novos problemas iam sendo postos, eram juridicamente resolvidos de modo específico, atribuindo-se à imputação de danos sem culpa, desde a sua origem, um tratamento extremamente fragmentário.

Independentemente do pioneirismo da dispensa da culpa relacionada ao transporte ferroviário, parece que a situação dos acidentes do trabalho foi a que por primeiro mais vivamente refletiu a necessidade de uma gestão diferenciada, por meio da responsabilidade civil, dos riscos especiais advindos de determinadas atividades que se transformaram com a industrialização. Isso porque representava da forma mais genuína o conflito existente entre os interesses de expansão de determinadas atividades e a necessidade de salvaguarda de um respeito mínimo à integridade dos trabalhadores que, em caso de acidente, pela ausência de respaldo dos seus interesses

um veículo (caminhão), entendeu-se que os danos decorreram, na hipótese concreta, não da ação do condutor, mas da própria coisa, construindo-se, com isso, uma genuína cláusula geral de responsabilidade pelo fato da coisa, a partir do artigo 1384, em paralelo àquela já tradicional – e baseada na *faute* – do artigo 1382. Sobre o tema, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 218.

³⁸⁰ Relativamente aos acidentes de viação envolvendo pedestres, considerando o seu expressivo aumento com a popularização dos automóveis, a Corte de Cassação construiu, primeiramente, a partir do artigo 1385, uma presunção de *faute* que, após, foi alargada para se entender que mesmo a prova da sua ausência pelo condutor não elidia a responsabilidade, a qual somente poderia ser afastada se demonstrada a existência de uma causa exterior (alheia e estranha) à coisa e à sua relação com o lesante. Assim, com maiores desenvolvimentos, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil...**, cit., p. 217.

³⁸¹ Cf. verifica-se em FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade...**, cit., p. 27, com a Lei de 09 de abril de 1898, a responsabilidade objetiva foi efetivamente estendida a todas as situações, mesmo nas hipóteses de acidentes fortuitos ou de culpa da vítima, o que vinha contrabalanceado pela indenização, que deveria levar em conta o percentual da invalidez e do salário, aplicando-se, ainda, um redutor em caso de erro inescusável da vítima.

³⁸² ANDERSEN, W. O. **A revolução industrial...**, cit., p. 12-13.

por via do regime geral de imputação de danos, tornavam-se um genuíno problema social.

Tanto que, como foi possível verificar relativamente à temática em causa, a solução inicial tinha um viés adaptativo dentro do sistema geral de imputação delitual, normalmente por meio de presunções de culpa ou por extensão do regime de responsabilidade contratual a tais situações, seguindo-se uma previsão limitada de imputação objetiva para, ao fim, sufragarem-se hipóteses de responsabilidade sem culpa de contornos mais amplos. A evolução do exemplo francês de regulação dos acidentes do trabalho é uma viva prova deste caminho.

Mas não será apenas o regime dos danos diretamente associados à produção (trabalho, transporte e energias) que demandará novas posturas da responsabilidade civil. As relações entre o produto e o seu destinatário, nomeadamente diante da criação de uma legítima sociedade de consumo, trará ao campo dos acidentes não integralmente cobertos pelo regime geral de imputação delitual pessoas que não estavam diretamente associadas à atividade industrial em si, mas que passaram a sofrer os seus efeitos em intensidade quiçá mais expressiva.

Isso porque o incremento da indústria vai induzir não apenas uma sofisticação dos meios e das técnicas de produção, aptas, por isso, a projetar ainda mais danos naqueles que com ela estejam envolvidos, mas também dos produtos, acarretando o surgimento, ao lado do risco humano, do risco técnico, a tornar, ambos, onipresentes e aptos a exigir o estabelecimento de novas regras relativas à qualidade do que é posto em circulação. Tal vem justificado na não infrequente dificuldade que o ora adquirente tem de detectar por si mesmo a integralidade dos vícios a que está exposto e, por conseguinte, dos riscos e perigos deles decorrentes. Além do mais, a produção em massa vem atrelada a uma oferta em massa viabilizada pelas técnicas de publicidade, as quais fazem o produto chegar ao consumidor e não ao contrário³⁸³.

Esses fatores são responsáveis pelo desenvolvimento de um profundo sentimento de insegurança, pois além de todos serem potenciais consumidores, o que retira o acidente do círculo materialmente restrito da produção (como ocorria com a

³⁸³ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 19-20.

responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelo trabalhador), promove a generalização das possibilidades de danos, que adquirem não apenas um caráter de inevitabilidade, mas também de anonimato.

Há uma gradual superação da ideia até então regente do pensamento médio segundo a qual o dano era uma decorrência do risco geral da vida; em outras palavras, a insegurança promove a superação do sentimento geral de resignação, surgindo uma nova sensibilidade social que se desenvolve em paralelo às evoluções tecnológicas, quase que como um influxo destas. Neste cenário, quanto mais adquire consciência dos seus direitos, mais o antes comprador e agora consumidor – enquanto nova categoria jurídica – abandona o aludido espírito de resignação e reivindica proteção, apresentando-se a responsabilidade civil como um dos instrumentos para tanto³⁸⁴.

Assim, se os produtos perdem a sua singularidade em um mercado industrializado, pois produzidos em série (sem uma conferência pessoal e individualizada), perda esta que se agrava com a massificação das relações, é normal que possam advir riscos especiais e generalizados da sua utilização.

Por isso a necessidade de perceber o consumidor – tal qual o trabalhador, mas numa acepção ainda mais estendida – como um sujeito por vezes vulnerável em uma relação massificada, relegando-lhe uma proteção mais eficiente por meio da reparação de danos, seja como fonte de elidir eventuais barreiras que poderiam ser predispostas pelo sistema geral de imputação, seja por meio de um incentivo à prevenção diante das elevadas chances de responsabilidade (nas situações em que a culpa é dispensada).

A ampliação dos efeitos da industrialização para além da produção em si traz possibilidades ilimitadas de danos não abrangidos pela responsabilidade civil

³⁸⁴ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade...**, cit., pp. 20-21. Nesta linha, prossegue o autor, pp. 22-23, observando que especialmente no que tange à sociedade de consumo, é possível assinalar como características suas a produção em série e a distribuição em cadeia, o que subtrai o vínculo direto até então existente entre alienante e adquirente, pois tanto a produção quanto a comercialização, pela complexidade do processo que passam a envolver, desenvolve-se por meio de toda uma estrutura que distancia o fabricante e o destinatário final do produto, transformando-os em produtor e consumidor, o que amplia as possibilidades de danos e agrava as necessidades de ampla reparação.

tradicional. Nestes termos, superada – ao menos do ponto de vista do regime de imputação – a gestão dos problemas advindos dos caminhos de ferro, dos acidentes do trabalho e do consumo (responsabilidade do produtor), o século XX seguirá rico de novas realidades, demandando, por isso, novas intervenções (jurisprudenciais, doutrinárias ou mesmo legislativas) criadoras que se seguirão, apresentando-se a responsabilidade civil objetiva um caminho deveras sedutor a contornar estas dificuldades.

A questão central estará associada, portanto, à legitimação do fenómeno, ou seja, ao modo como vêm justificadas as diversas formas de dispensa da culpa enquanto pressuposto da obrigação de indenizar, temática esta que terá de ser retomada em momento oportuno.

2.1.2 *Responsabilidade civil e socialização do risco*³⁸⁵

Consoante amplamente apresentado no item precedente, a multiplicação expressiva de eventos danosos passou a demandar uma especial atenção à posição dos lesados em detrimento de uma valorização excessiva da situação psicológica do lesante, a qual vinha materializada na culpa. Quanto mais tendo em vista que, não raro, as condutas potencialmente lesivas das quais provinham ditos danos eram fonte de intensa vantagem econômica para os seus agentes, especialmente em se considerando o desenvolvimento de um período de expansão econômica. Daí conceber-se que, neste cenário, a solidariedade social demandava, diante de um regime especial de vantagens decorrente de determinada atividade, um correspondente recrudescimento do regime de responsabilidade respectivo³⁸⁶.

³⁸⁵ Sobre a ampliação da socialização dos riscos fora dos campos da responsabilidade civil, especialmente a partir da criação de uma política de Estado Social, tema que, mesmo correlacionado, não encontraria espaço para ser tratado no corpo da presente investigação, ver PIETSCH, Max. **A Revolução...**, cit., pp. 64-69.

³⁸⁶ ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**. Coimbra: João Abrantes, 1983, p. 185. Consoante observa MONTEIRO, António Pinto. **A Responsabilidade Civil...**, cit., p. 323, a tecnologia industrial desenvolvida no período, ao promover o incremento exponencial da ocorrência de danos, representou a primeira real e significativa ameaça à própria existência humana, o que veio materializado no aumento de acidentes não apenas em nível quantitativo, mas especialmente qualitativo. Neste cenário, a organização do trabalho e o emprego de técnicas complexas e sofisticadas implicava numa por vezes absoluta

Mas não é só, pois situações haverá em que as consequências deste recrudescimento não representarão apenas uma contraprestação pela vantagem que se retira de uma determinada atividade potencialmente danosa, pois os reais ônus decorrentes dos regimes agravados de indenização passam a projetarem-se na sociedade como um todo. Nestes termos, o que se que convencionou chamar socialização do risco – enquanto fenômeno amplo associado à imputação de um determinado risco fora do círculo da pessoa que sofre e da pessoa que causa o dano – apresenta-se como um importante e complexo fator de alargamento da responsabilidade civil³⁸⁷.

Ao contrário do que possa aparentar, o fenômeno não tem a sua origem no processo de industrialização, pois presente já no direito romano quando se permitia a imputação ao *pater* de responsabilidade pelos atos dos filhos; a industrialização está, contudo, na sua base enquanto realidade jurídica de espectro mais alargado³⁸⁸, porquanto o real agravamento da possibilidade de ocorrência de danos em uma série de atividades muito frequentes – perde, assim, a excepcionalidade que caracterizava a sua gênese – deu-lhe contornos ampliados e passou a justificar eventuais questionamentos acerca dos seus possíveis limites.

Como visto no item precedente quando das sucessivas facetas da regulação de atividades especialmente relacionadas à industrialização, esta socialização pode efetivar-se através de mecanismos jurídicos variados, tanto por meio do estabelecimento de presunções de culpa e de regimes de imputação objetiva ou mesmo de sistemas *no fault*, com ampla reparação daquele que vier a ser vítima de um dano por fundos constituídos pelo próprio Estado³⁸⁹; mas também por meio de

impossibilidade de identificação do ato culposo no qual se originava o prejuízo, diluindo, desta feita, o tradicional elemento volitivo até então justificador de responsabilidade.

³⁸⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 426.

³⁸⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 427.

³⁸⁹ O exemplo usualmente citado é o do regime instituído pela Lei de 01 de abril de 1974, na Nova Zelândia. Sobre o tema, mesmo que em linhas gerais, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil...**, cit., p. 201, nota 690. Ainda, ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 193-196. Consoante MONTEIRO, António Pinto. **A Responsabilidade Civil...**, cit., p. 324, a instituição de sistemas desta natureza representa um dos graus máximos de socialização da responsabilidade, mesmo quando se dá por meio da consagração de “fundos de garantia” para as situações de ressarcimento quando o lesante seja desconhecido ou não possa custear a reparação, em um regime complementar à responsabilidade individual.

instrumentos alheios à responsabilidade civil propriamente dita, como nas situações de seguro de responsabilidade, inclusive, por vezes, obrigatórios³⁹⁰.

E especificamente acerca da materialização deste fenômeno no que interessa à construção da ideia de responsabilidade, talvez o regime dos acidentes do trabalho possa novamente contribuir em uma incursão investigativa sobre as justificativas desta mutação paradigmática. Isso porque a forma como especificamente a imputação objetiva veio posta nesta temática representou o tratamento do dano não propriamente como uma resposta à conduta danosa ou mesmo uma mera reparação individual, mas tal qual uma autêntica socialização dos riscos³⁹¹.

É possível afirmar, portanto, que a dispensa do pressuposto da culpa promoveu uma inexorável ampliação das situações de responsabilidade e, com isso, impôs o cômputo dos valores a serem eventualmente pagos a título de indenização como verdadeiros custos da atividade naturalmente perigosa que, desta forma, passaram a ser diluídos na sociedade por meio dos preços cobrados por determinados produtos ou serviços cujo desenvolvimento envolva mais ou menos riscos. Neste cenário, é interessante observar que a responsabilidade civil, natural e originalmente ligada à ideia de sanção (atributo que, de modo progressivo, perdeu ao longo dos tempos), passou para o âmbito exclusivo da reparação quando da sistematização moderna do instituto e agora passa, além de tudo, a conceber indenizações que, de algum modo, tendem a se investir de um nítido papel de socialização, seja por fazer

³⁹⁰ Os contratos de seguro de responsabilidade, pela sua própria natureza, estão intrinsecamente associados ao fenômeno em causa, pois, por meio deles, dilui-se o risco com a contribuição de todos os que a ele estão expostos para, em caso de ocorrência de dano, o fundo formado com estas contribuições suportar os custos. Como o valor a ser pago pelo seguro é inferior àquele que eventualmente seria despendido em caso de dano, torna-se viável a sua diluição no próprio exercício daquela atividade, fazendo com o que o sistema como um todo suporte os custos dos danos a ela ínsitos. Assim, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 427. Ainda, ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 192-197; MONTEIRO, António Pinto. **A Responsabilidade Civil...**, cit., p. 324; dentre outros.

³⁹¹ Nesta seara, talvez fosse mais correto do ponto de vista da técnica falar em um genuíno direito dos acidentes, como propõe parcela da doutrina francesa, em paralelo ao direito da responsabilidade civil; até mesmo porque as suas justificações e as suas consequências aproximam-se mais da previdência social do que da legítima imputação de danos, tal qual, por exemplo, ocorre no sistema da Nova Zelândia de indenização por fundos estatais. A continuidade do seu incremento e da sua larga aplicação, tal qual no caso dos acidentes do trabalho, no âmbito das relações interprivadas, contudo, é que ainda mantém, de certo modo, diversas situações de socialização de riscos no corpo da responsabilidade civil. Com algumas referências sobre o tema, SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da Responsabilidade Civil...**, cit., p. 201, nota 691.

terceiros suportarem encargos por pura equidade social, seja por impor a internalização de custos por determinadas atividades especialmente geradoras de danos³⁹², falando-se mesmo em um declínio da responsabilidade individual³⁹³.

E a justificativa para esta necessidade, como se pôde antever no item precedente, veio não apenas da industrialização em si, mas de todos os fenômenos que lhe são correlatos como o manejo das novas formas de transporte e de energia, o aumento populacional³⁹⁴ nas cidades e, por conseguinte, as dificuldades de gestão da circulação e do trânsito (que, aliás, punham-se desde a substituição dos meios de tração animal pelos automóveis), a massificação do consumo em razão do aumento expressivo da produção industrial e, mais atualmente, a possibilidade de degradações ambientais que, em última análise, têm potencial para por em risco a vida no planeta em si.

Diante de tudo isso, a responsabilidade civil se transmuta parcialmente, assumindo contornos – diante de danos generalizados, anônimos e, no mais das vezes, não evitáveis – de provedora de uma intensa necessidade de segurança social³⁹⁵. Assim, em função da inegável ineficiência do sistema tradicional, a imputação sem culpa apresentar-se-á como um recurso por vezes inevitável, quanto mais tendo em conta que o agravamento dos riscos traz problemas cada vez mais difíceis de serem resolvidos a partir de um esquema tradicional de pressupostos, tudo com uma complexidade proporcional à própria complexidade social que se avoluma.

Propala-se, nesta linha, uma compatibilidade entre os temas tendentes a erigir uma genuína socialização da responsabilidade civil, que deixa de se restringir a um patrimônio individual para se diluir, por diversas formas, no seio de determinadas coletividades mais ou menos amplas, seja em situações específicas de círculos de risco, seja na sociedade como um todo, nas hipóteses de partilha generalizada dos encargos³⁹⁶.

³⁹² FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade...**, cit., p. 28.

³⁹³ A designação é atribuível a Geneviève Viney em sua clássica obra *Le déclin de la responsabilité individuelle*, referência constante na doutrina desenvolvida sobre o tema.

³⁹⁴ Sobre o tema, PIETSCH, Max. **A Revolução...**, cit., pp. 27-28.

³⁹⁵ SILVA, João Calvão da. **A responsabilidade...**, cit., p. 21.

³⁹⁶ ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**, cit., p. 187.

A descoberta do risco e, especialmente, a sua necessidade de gestão pelos instrumentos jurídicos predispostos para tanto não se apresenta, pois, como um problema exclusivo do fenómeno da industrialização e restou resolvido como uma contenda histórica do passado. É realidade atual que se apresenta sempre e mais vivamente a cada nova descoberta tecnológica, a cada novo produto posto em circulação, a cada nova atividade desenvolvida, com contornos de complexidade que, por vezes, dificultam a sua própria identificação inicial. Verifica-se, hoje, a possibilidade da existência de danos em série, cumulativos, futuros e até incertos, mas graves, a demandar soluções nem sempre simples – daí a necessidade de se tomar cuidado com um simplismo exagerado –, como se a mera imputação de responsabilidade fosse a solução mágica para este e todos os demais problemas.

Uma nota merecem, ainda, as implicações deste fenómeno no campo da responsabilidade civil nas situações em que o Estado chama para si o encargo de suportar danos ocorridos em áreas sensíveis do convívio social. E isso seja por meio da gestão de fundos constituídos para este fim, no caso dos sistemas *no fault* já referidos antes, o que o faz quase que num regime análogo ao do seguro, seja por intermédio de criação para si de uma responsabilidade objetiva por vezes até desassociada de qualquer esfera de risco que a sua atividade venha a encerrar na essência³⁹⁷. Especialmente esta última alternativa pode ensejar alguma reflexão sobre um desvirtuamento indevido da responsabilidade civil, quanto mais porque alternativas outras existem para isso que não a responsabilidade civil – v.g., a previdência social – tema que, contudo, será enfrentado em momento oportuno.

Em suma, é possível constatar que o objetivo da socialização do risco é a garantia da indenizabilidade dos danos, assegurando não apenas o pagamento de uma indenização, mas também que esta seja efetiva³⁹⁸. O inconveniente disso está no fato de que, ao promover a diluição da responsabilidade individual, pode-se induzir uma desatenção dos sujeitos – tanto possíveis lesantes quanto lesados – para com as suas

³⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 427.

³⁹⁸ A propósito, a título de exemplo, cumpre registrar que, nos sistemas de *Common Law*, no campo da responsabilidade contratual, o dever de indenizar impõe-se independentemente de culpa em razão da ideia de garantia inserida na celebração do negócio; neste sentido, VICENTE, Dário Moura. **Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 136

possibilidades de prevenção de danos, já que, em última análise, sempre haverá reparação; é, em fim, um efeito colateral com o qual a ciência jurídica terá de lidar³⁹⁹.

De outro modo, não obstante seja legítima a limitação da autonomia privada por parte do ordenamento jurídico quando tal se apresente necessário à consecução de fins de justiça social imprescindíveis ao livre desenvolvimento da personalidade – tanto no plano individual quanto no plano coletivo –, o que se apresenta deveras relevante em matéria de responsabilidade civil, tal legitimidade pressupõe o adequado uso deste remédio. Assim é que se deve ter em conta que a justiça social também se obtém através da possibilidade da efetivação dos interesses privados por meio da ação auto-responsável de cada um, fazendo com que uma demasiada socialização do risco mediante agravamentos exagerados de responsabilidade traga em si a potencialidade de funcionar como um travão – e não como um catalisador – do bem geral e coletivo alcançado indiretamente com determinadas atividades⁴⁰⁰.

Daí que mesmo com eventuais vicissitudes, a socialização do risco é fator positivo e relevante ao sistema, pois contribui a uma maior solidariedade social; atenua a ideia de culpa enquanto fundamento da imputação, mas não a elide por completo, já que poderá, mesmo nestes casos, ter outras relevâncias⁴⁰¹.

2.2 A imputação de danos e a *repersonificação* do direito civil

Em paralelo às controvérsias advindas da descoberta do risco e da necessidade de repensar a responsabilidade civil a partir do desenvolvimento do processo de industrialização, novas questões desafiarão uma vez mais a ciência jurídica como um todo a partir da segunda metade do século XX. Não apenas diante de um

³⁹⁹ Sobre o tema, ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 832 e ss. Especificamente em matéria de seguros de responsabilidade, os remédios apontados a este inconveniente seriam a imputação de uma mínima parcela que fosse de responsabilidade do lesante e dos incentivos fornecidos pelas seguradoras através dos descontos e dos agravamentos nos prémios. A este respeito, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 247-248.

⁴⁰⁰ ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 187-188.

⁴⁰¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 428.

aprimoramento tecnológico sem precedente⁴⁰², a agravar os problemas já conhecidos e exigir uma melhor gestão dos danos, mas, concomitantemente a isso, de um repensamento sobre os fins do Direito e da própria sociedade em si.

A II Guerra Mundial, com todas as suas vicissitudes, demandou uma profunda reflexão sobre os limites das convicções humanas, quanto mais porque demonstrou que a legalidade, por si mesma, nem sempre é garantia de uma efetiva consecução do fim último do Direito, que é a proteção do homem. Neste cenário é que, especialmente na seara do direito civil, percebe-se que a mera demarcação de um espaço de abstenção da esfera privada – como queria a ideologia oitocentista – não era suficiente ao livre desenvolvimento da pessoa nas suas potencialidades, quanto mais porque a categoria do ser não podia estar reduzida ao ter, tal qual consequência da lógica patrimonialista reitora da codificação segundo a qual quem possui é⁴⁰³.

Esta nova faceta da realidade sociopolítica tende a promover uma revisão do método de concreção do direito das obrigações como um todo e, por conseguinte, da responsabilidade civil. E tal tende a materializar-se não apenas por meio da contraposição entre a premente necessidade de concretude da pessoa e a até então preponderante abstração do sujeito de direito (assim considerado enquanto mera categoria formal do vínculo obrigacional), mas também de uma nova racionalidade econômica produto de uma sociedade pós-industrial⁴⁰⁴ fortemente marcada não mais por uma mera despatrimonialização⁴⁰⁵, mas por uma autêntica desmaterialização que lhe é característica⁴⁰⁶.

Daí a necessidade de uma redescoberta do fim último do direito: a pessoa.

⁴⁰² Assinalando a intensidade das mudanças advindas da aplicação de uma tecnologia deveras sofisticada na produção de bens a partir do referido período, GALBRAITH, John Kenneth. **O novo Estado Industrial**, cit., p. 08.

⁴⁰³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 04.

⁴⁰⁴ Sobre o tema – de inegável complexidade teórica, pelo que não comportaria uma abordagem mais aprofundada, sem prejuízo da conveniente referência – ver DE MASI, Domenico (org.). **A sociedade pós-industrial**. 2ed. São Paulo: SENAC, 1999, pp. 33 e ss.

⁴⁰⁵ Assim, PERLINGIERI, Pietro. **Depatrimonializzazione e Diritto Civile**. Rassegna di Diritto Civile. Napoli, a. 4, n. 1, p. 01, 1983.

⁴⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista**. In: FRANCIULLI NETO, Domingos et al. **O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2ed. São Paulo: LTr, 2006, pp. 354-357 (351-379).

2.2.1 A pessoa e a noção jurídica de responsabilidade

Consoante aludido anteriormente, vive-se a partir da segunda metade do século XX uma realidade dita pós-industrial, a qual vem caracterizada pela necessidade da aplicação de mecanismos corretivos tendentes a impedir a degradação da pessoa em si. Nesta linha, não se trata de uma negação da precedente sociedade industrial, mas de uma designação que busca fazer menção à tentativa de colocar a sociedade em si em benefício do homem, reumanizando-a (no sentido de diminuir a sua *coisificação*), tudo no intento de mitigar a angústia que lhe é característica⁴⁰⁷.

É notório que a Revolução Industrial promoveu, como um reflexo das suas transformações, o agravamento de uma lógica quantitativista e materialista da pessoa (*homo oeconomicus*). Por consequência disso, as preocupações da dita sociedade pós-industrial virão associadas à tentativa de retomada, em paralelo à dimensão económica, de dimensões político-social e espiritual-axiológica, transformando-a naquela em que a tecnologia do humano sobrepõe-se à tecnologia da coisa⁴⁰⁸.

Como um dos instrumentos a consecução deste fim, inicia-se no direito civil uma nítida tendência de *repersonificação*⁴⁰⁹ justificada na sua essencial finalidade que, por evidente, não é apenas a tutela dos interesses meramente patrimoniais de cada indivíduo, mas, ao fim e ao cabo – mesmo que por meio da salvaguarda de situações de cunho patrimonial –, a proteção da pessoa e a criação dos meios ao seu livre e pleno desenvolvimento.

Parte-se, portanto, do pressuposto de que o Direito não é apenas um sistema lógico, mas, antes, um sistema axiológico e ético cujo valor mais fundamental e imprescindível é a pessoa na sua simples condição de pessoa. Busca-se, com isso,

⁴⁰⁷ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade**..., cit., pp. 14-15.

⁴⁰⁸ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade**..., cit., pp. 15-16.

⁴⁰⁹ A expressão pode ser encontrada em CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha. 3ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 15, e busca designar um influxo de polarização da teoria do direito civil em torno da pessoa, sem qualquer associação com os pensamentos jusnaturalista ou personalista ou mesmo um vínculo com o liberalismo económico ou um retorno ao individualismo, repondo a ela e aos seus direitos no topo da regulamentação civil.

refletir não um humanismo vago, mas especialmente concreto e, por isso, apto a criar condições de realização e a representar obstáculo a situações-limite que tendem a se apresentar no período, como, por exemplo, a ideia de dissolução da pessoa promovida pelo III Reich alemão e aos ideais de *tutto per lo Stato, niente contra lo Stato* do fascismo italiano⁴¹⁰.

Nesta tentativa, amplia-se sobremaneira o recurso à invocação da dignidade da pessoa como baliza desta missão – e isso não apenas no direito constitucional, mas no próprio direito civil, nomeadamente nos campos de atuação da responsabilidade civil⁴¹¹ – e concretizadora do que se transmuta em sentido e em função da proteção conferida ao indivíduo enquanto realidade substancial que é. Nesta senda, o inegável emprego demasiado da expressão, o que – é de se reconhecer – tem sido largamente verificado até mesmo para fundamentar soluções aparentemente díspares⁴¹², não pode obscurecer o que, com efeito, almeja-se com a dita repersonificação: a pessoa em si, que passa a ser colocada em primeiro plano a partir do seu significado ontológico e, portanto, a representar muito mais do que uma simples personificação do indivíduo enquanto representante do gênero humano⁴¹³.

Neste cenário, o direito civil se apetrecha para atingir este fim por meio dos seus diversos dispositivos, dentre eles a responsabilidade civil, fazendo-o por meio de uma revisão dos seus conteúdo e importância a fim de reconduzi-los à condição de verdadeira instância de controle voltada ao seu objetivo precípua. E isso não apenas por meio da generalidade das suas estruturas de atuação jurídica (personalidade

⁴¹⁰ CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral...**, cit., p. 74.

⁴¹¹ Especificamente com essa temática, MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e os seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, pp. 233-258, jul/dez 2006.

⁴¹² Sobre o tema, ver a oportuna crítica de ASCENSÃO, José de Oliveira. **Prefácio**. In: GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e Direitos da Personalidade. Fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10, especialmente quando assinala que a utilização da expressão “é tão acríica e promíscua que a palavra se desgasta. A dignidade perde o seu fundamento mais sólido e acaba por representar um conceito vazio”.

⁴¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. LII, n. 1 e 2, 2011, pp. 40-41 (29-43).

moral, representação, legitimação etc.), mas também do próprio direito subjetivo e, por conseguinte, dos conceitos que o ligam à imputação civil como o dano e a culpa⁴¹⁴.

O conteúdo desta noção de pessoa extrai-se da percepção de uma série de realidades em paralelo. Primeiro, de que o homem é um ser com fins próprios e que, para tanto, é dotado de liberdade e, por consequência lógica, de responsabilidade pelo que constrói em si; segundo, de que é um ser ético dotado de consciência moral que lhe faculta fazer opções voltadas à sua própria realização, encargo que lhe compete; terceiro, de que é um ser social que promove a sua realização com os outros e, mais do que isso, por intermédio dos outros⁴¹⁵.

Daí a justificativa para a (re)construção de uma concepção de direito civil alicerçada não sobre a pessoa enquanto um dos seus elementos (ao lado dos bens), condição que permite o seu ofuscamento por figuras de mera técnica jurídica como personalidade e capacidade, mas sobre a pessoa em si a partir da sua caracterização essencial e das suas implicações diretas, o que permite traçar um estatuto fundamental no qual cabem as suas diretrizes, inclusive enquanto ente em comunhão⁴¹⁶.

Essas sucessivas mudanças de epicentro são perceptíveis na importância que determinadas temáticas recebem quando do tratamento que lhes é dispensado pelo direito civil. Exemplificativamente, oportuna é a síntese de Pietro Perlingieri quando releva as mutações vivenciadas no direito civil italiano: primeiro, com o Código de 1865 que, seguindo os parâmetros preconizados pelo congênere francês de 1804, deu especial atenção à propriedade – especialmente imobiliária – e à sua proteção, colocando-a no centro do seu ordenamento; ao depois, com o *Codice* de 1942 que, em decorrência das profundas transformações no sistema de produção conduzidas pela industrialização, trouxe para o centro da regulação civil a empresa, a atividade produtiva e a sua necessidade de organização e a regulação do trabalho, dando ao

⁴¹⁴ CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral...**, cit., p. 76.

⁴¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O “fundamento do direito”...**, cit., p. 39.

⁴¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos**. In: MIRANDA, Jorge (org). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra: Coimbra, 2010, v. II, pp. 57-58 (37-58). O autor fala mesmo em uma “pequena revolução no seio da Teoria Geral do Direito Civil” enquanto “uma imposição da projecção da pessoa no mundo do Direito”.

produtivismo o papel de característica preponderante do ordenamento; e, por fim, a Constituição de 1948 que, ao impor seus reflexos sobre o direito civil, promoveu, mesmo que indiretamente, a (re)colocação da pessoa no epicentro da normatividade jurídica da vida privada por meio de uma releitura dos preceitos do Código Civil então vigente, a demonstrar esta virada que se quis denominar *repersonalização*⁴¹⁷.

E esta síntese em três tempos – coincidente, aliás, com o que também fora vivido pelas experiências jurídicas brasileira e portuguesa – concretiza-se vivamente na seara da responsabilidade civil: primeiro por intermédio da imputação de danos enquanto regra de exceção, nos moldes preconizados pelo pensamento liberal burguês dos Códigos segundo o qual cada um deveria suportar os infortúnios da sua existência; ao depois com as preocupações advindas da insolubilidade de uma série de situações criadas pela industrialização a partir de um modelo estreito de pressupostos, o que abriu caminho à criação de vários dos regimes de responsabilidade objetiva; e, por fim, a ora sob exame repersonificação do direito privado que, no campo operativo da responsabilidade civil, passa a demandar uma especial atenção aos danos à pessoa e às suas formas de gestão.

Em verdade, o germe desta preocupação com a pessoa em si na responsabilidade civil já pode, em algum grau, ser identificado nos influxos de proteção do trabalhador ainda nos fins do século XIX. Tal justificou a indução, por meio da ameaça de responsabilidade sem culpa, de comportamentos de prevenção por parte dos empregadores, especialmente tendo em vista que os danos decorrentes dos acidentes laborais, ao atingirem a integridade física das suas vítimas, eram, por regra, irreparáveis, comportando meras compensações pecuniárias, quando cabíveis. Paulatinamente, então, foi-se percebendo que o empregado, para o sucesso e o êxito da própria empresa, não podia mais ser entendido como um simples fator de produção ou mesmo como “mercadoria-trabalho” passível de aquisição no “mercado de

⁴¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis...*, cit., p. 04. Especificamente em matéria de responsabilidade civil, ainda segundo o autor, pp. 173-174, este fenômeno bem se verificará com a relevada importância que adquirem os danos à pessoa, implicando em uma latente ampliação dos prejuízos indenizáveis, como adiante se verá com maior atenção.

trabalho”, como sucedia com as demais matérias-primas que integram o processo produtivo, valendo apenas pela sua utilidade e pela sua produtividade⁴¹⁸.

Na origem da problemática e da consequente mudança de enfoque representada pela adoção de um regime de imputação com cobertura mais alargada dos danos, percebe-se uma preocupação econômica associada às perdas decorrentes dos acidentes laborais. As reflexões do pós-guerra permitiram, contudo, um amadurecimento desta preocupação conducente à percepção de que o trabalhador – ou qualquer outra vítima dos ditos infortúnios da modernidade – é, antes de qualquer coisa, um sujeito detentor da condição inafastável de pessoa. Condição esta que, por isso, passa a ser reconhecida como inalienável e intangível e, portanto, justificadora da imposição de um regime de responsabilidade mais gravoso, não apenas em função dos prejuízos reflexos advindos de uma indenizabilidade contida, mas especialmente da necessidade de se promover, além de uma reparação ampla, uma legítima e efetiva prevenção da ocorrência de danos.

Neste cenário, a dita repersonificação do direito civil e a sua especial atenção à tutela da pessoa demanda o combate da transformação da responsabilidade civil em um simples instrumento de redução dos danos a padrões meramente econômicos. Considerando estarem em causa valores morais expressivos relacionados à pessoa (como vida, família, dignidade, honra e saúde, para citar alguns), cumpre à responsabilidade civil assumir uma posição dita avançada, no sentido de promover a reparação dos prejuízos advindos da lesão ilícita e, em paralelo, a tentativa de prevenção das ofensas, nomeadamente em decorrência do incremento das possibilidades de dano verificáveis em uma sociedade cada vez mais complexa e da aparente impossibilidade do direito penal de se apresentar como único instrumento apto a assegurar proteção aos bens jurídicos em causa.

Daí a especial importância dos danos à pessoa para fins de demarcação da noção hodierna de responsabilidade civil.

⁴¹⁸ PIETSCH, Max. **A revolução industrial**, cit., p. 176. Segundo o autor, na sua síntese evolutiva sobre estas concepções, partindo-se de um prisma materialista e utilitarista, o empregado chega a ser considerado como “máquina no processo de fabrico”. No mesmo sentido, MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 8ed. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 73 e ss.

2.2.2 *Os danos causados à pessoa*

Consoante assinalado precedentemente, a repersonificação pela qual passou o direito privado como um todo repercute no campo operativo da responsabilidade civil por meio de uma especial atenção dedicada aos danos à pessoa. E isso se concretiza por intermédio de um duplo fenómeno, associado não apenas ao alargamento do conceito de prejuízo indenizável até então amplamente aceito (identificado com a ideia de dano patrimonial), como também ao recrudescimento dos regimes de responsabilidade, seja por meio do abrandamento dos pressupostos exigíveis, seja por intermédio da objetivação do nexo de imputação.

Não há dúvidas que a sua expressão mais natural vem materializada por meio da ampliação do reconhecimento da indenizabilidade de uma vasta gama de danos não patrimoniais, a qual se tem assistido de modo particular nos últimos cinquenta anos⁴¹⁹. E tal decorreu justamente da constatação de que um prejuízo à pessoa em si, nos seus atributos intrínsecos e, por isso, sem consequências patrimoniais diretas, não raro pode ter uma elevada potencialidade de atingir e comprometer o seu livre desenvolvimento, na exata linha preconizada pelo sentido de repersonificação que lhe está subjacente⁴²⁰.

Este reconhecimento seguiu um crescente de evolução, ecoando não apenas em construções no plano doutrinal, mas também em decisões judiciais reconhecedoras da configuração de danos ressarcíveis em uma série de situações de

⁴¹⁹ Sobre o alargamento da noção jurídica de dano (especialmente conectada ao reconhecimento dos danos à pessoa) relevante é a síntese apresentada em GOMES, Orlando. **Tendências modernas da teoria da responsabilidade civil**. Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo Cunha. Lisboa: [s.n.], 1989, pp. 75-77. Igualmente, com ampla reflexão a respeito, inclusive a partir de aprofundado estudo do direito comparado, ver MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro; Renovar, 2003, especialmente pp. 143 e ss.

⁴²⁰ A temática relacionada aos danos à pessoa é de uma amplitude ímpar, o que não se permite um tratamento exaustivo no curso do presente estudo. Daí que, para maiores desenvolvimentos acerca do tema, que apenas reflexamente se intersecta com a presente investigação – pontualmente com o objetivo de demonstrar a ampliação dos contornos da noção de responsabilidade civil –, permita-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano Moral Coletivo**. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 115-129.

natureza exclusivamente extrapatrimonial que outrora lhe escapavam⁴²¹. E tanto esta importância e esta amplitude são inegáveis que a estruturação de uma categoria autônoma – *danos à pessoa* enquanto gênero do qual várias são as espécies – veio a receber viva e especial atenção também nas mais hodiernas tentativas de sistematização jurídica, tal qual ocorre, por exemplo, no direito europeu da responsabilidade civil, que passa a reconhecê-la como uma das suas características mais marcantes, não apenas na sua feição pura (relacionada à lesão a interesses pessoais), como também quando decorrentes de relações de natureza patrimonial⁴²².

A grande dificuldade decorrente da indenizabilidade dos ditos danos à pessoa, contudo, está na sua exata concretização, especialmente na sua categoria mais conhecida, o dano moral. E isso não apenas diante das impossibilidades de restituição material ao *status quo ante* ou de valoração pecuniária do prejuízo, mas do fato de que acaba por ser presumido diante da verificação de uma determinada lesão, situando-se, por vezes, no campo valorativo mais próximo da ilicitude do que do dano em si⁴²³⁻⁴²⁴.

⁴²¹ Com uma feliz síntese acerca do longo percurso na doutrina e nos Tribunais seguido pela evolução que redundou na hodierna construção do instituto, com especial atenção ao direito italiano, no qual os termos estreitos do artigo 2059 do *Codice Civile* demandaram um esforço interpretativo mais intenso, ver SALITO, Gelsomina. **Il danno alla persona: profili introduttivi**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, pp. 1163-1168.

⁴²² Sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale di Diritto Privato Europeo**. Milano: Giuffrè, 2007, v. II, pp. 225-225. Cita-se, para tanto, a especial atenção aos danos da morte e das lesões pessoais associados à responsabilidade do produtor, a tutela da pessoa física no que guarda ao tratamento de dados pessoais e aos danos causados à pessoa em razão do inadimplemento ou da execução inexata de prestações envolvendo pacotes turísticos (*vancaze rovinate*). Ou seja, em relações nas quais, *prima facie*, preponderaria um interesse de ordem patrimonial, o legislador europeu faz questão de acentuar a relevância e a indenizabilidade dos danos pessoais dela decorrentes. Ainda no âmbito do direito europeu da responsabilidade civil, não há como deixar de se fazer referência aos trabalhos desenvolvidos pelo *European Group on Tort Law*, que atribuem grande relevância, mesmo que sem uma alusão expressa, aos danos à pessoa. Tal se extrai do número (2) do artigo 2:101 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil que, quando trata da demarcação do dano ressarcível, refere que a vida, a integridade física ou psíquica, a dignidade humana e a liberdade – todos interesses relacionados à pessoa e, por isso, de natureza preponderantemente extrapatrimonial – “gozam da protecção mais extensa”, o que vem replicado no seu artigo 10:301, quando relega papel também importante aos danos não patrimoniais.

⁴²³ Sobre o debate acerca da relevância preponderante à conduta ou ao resultado para fins de caracterização do fato relevante para fins de surgimento do dever de indenizar, ver CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 437-438. Segundo o autor, a verificação de fenômenos como o que sucede com os danos à pessoa, de modo a induzir uma certa proximidade entre ilicitude e dano, decorre justamente do fato de que “[e]m termos ontológicos, não é possível separar o resultado da conduta: constituem uma evidente unidade”.

Os aludidos óbices foram, contudo, paulatinamente superados no plano da construção jurídica, de modo que o debate atual tende a estar centrado na necessidade de se reconhecer e demarcar os limites do instituto, em especial à vista da amplitude que ganhou o seu reconhecimento. O fenômeno representa, em razão disso, um notório paradoxo, já que marcado no seu nascedouro pela necessidade de uma ampliação de reconhecimento, que hoje vem ladeada por uma inegável premência de estabelecimento de limites, sob pena de comprometimento do sistema como um todo⁴²⁵.

Mas, como dito de início, o fenômeno é dúplice e não se restringe à ampliação do conceito de dano indenizável, materializando-se, de igual sorte, através da facilitação ao reconhecimento da reparação destes danos, tanto pelo abrandamento dos pressupostos tradicionais do dever de indenizar, quanto do recrudescimento dos regimes de imputação objetiva.

O primeiro ponto, identificado com a possibilidade de aligeiramento dos pressupostos – tanto quanto possível, à vista dos preceitos legais vigentes, como adiante se terá oportunidade de analisar com mais profundidade –, tem o seu fundamento associado com uma suposta necessidade de restituir ao cidadão a

⁴²⁴ Esta noção tem sido amplamente acolhida pela jurisprudência que, chamada a dar respostas a situações de valoração nem sempre tão claras, passou a acolher a tese do dano *in re ipsa*, presumindo que, diante de determinada lesão a um bem jurídico associado à personalidade, seria razoável supor que qualquer indivíduo nas mesmas condições restaria lesado. Não obstante tal reconhecimento seja de algum modo encontrado em decisões dos Tribunais portugueses e italianos, fica muito evidente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que tem decidido, de modo reiterado, que “comprovada a ocorrência do fato ofensivo, configurado estará o dano moral, porquanto *in re ipsa*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 953108/RS, 4ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, public. em DJe 22 fev. 2017), de modo a reconhecer um “dano vinculado à própria existência do ato ilícito, cujos resultados são presumidos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial n. 1333963/SP, 4ª Turma, rel. Min. Luís Felipe Salomão, public. em DJe 09 dez. 2016); daí porque a alusão à proximidade entre ilicitude e dano, pois da simples ocorrência daquele basta a autorizar a presunção deste (único fato a marcar a manutenção da autonomia entre os aludidos pressupostos). Em igual sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 816755/PR, 4ª Turma, rel. Min.ª Maria Isabel Gallotti, public. em DJe 03 mar. 2016; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 752918/RS, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, public. em DJe 13 out. 2015; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 270557/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, public. em DJe 19 mai. 2014; dentre outros, todos disponíveis em <<http://www.stj.jus.br/SCON/index.jsp?novaPesquisa>>, acesso em 14 mar. 2017.

⁴²⁵ O cenário de ampliação é tão intenso e complexo que tem levado a doutrina a propor um rico (e crítico) debate sobre os seus limites. A este respeito, ver DÍEZ-PICAZO, Luis. **El escándalo del daño moral**. Madrid: Civitas, 2008, pp. 14 e ss.; igualmente, MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral à brasileira**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, a. 3, n. 9, (7074-7122), set. 2014, pp. 7074-7080.

confiança nas leis e nas instituições, o que vai justificado na tutela da pessoa humana (inclusive por intermédio da já aludida invocação alargada, e por isso questionável, da cláusula constitucional de proteção da dignidade enquanto remédio à uma ampla variedade de males). Para este fim, afirmar-se textualmente que, a partir de uma nova concepção de responsabilidade civil associada à ideia de resposta às lesões à pessoa, “[o]s danos não são imputados por serem prejudiciais, mas, antes, por serem ilícitos e culposos”⁴²⁶, com todas as consequências – boas e más⁴²⁷ – que o fenómeno possa acarretar.

E invariavelmente o abrandamento dos pressupostos da imputação vem associado com a ideia de objetivação da responsabilidade, pois isto implica, dentre outras consequências, no reconhecimento da irrelevância da culpa e quiçá da ilicitude para o estabelecimento do dever de reparar danos⁴²⁸.

Neste particular se estabelece a conexão entre o primeiro e o segundo pontos da duplicidade do fenómeno referido de início, que vem também materializado por meio de uma pluralidade de regimes de responsabilidade objetiva em paralelo aquele de ordem geral (ainda lastreado no princípio da culpa). E tal não se dá apenas por meio da criação, mas também da ampliação destes ditos regimes especiais, os quais vem nomeadamente marcados pela objetivação do nexo de imputação que se costuma legitimar nas ideias de solidariedade e de necessidade de proteção do

⁴²⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 421. Com uma forte contraposição a esta premissa, mesmo que a partir de um paradigma dito tradicional, ver AZEVEDO, António Junqueira. **O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia**. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, 2003, pp. 09-14 (01-15).

⁴²⁷ A doutrina identifica o fenómeno com o que tende a denominar “erosão dos filtros tradicionais de reparação”; sobre o tema, SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 3ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 11 e ss. Deve-se, contudo, ter atenção às vicissitudes a ele inerentes, que não podem ser negada, pois no momento em que a responsabilidade civil afasta-se da sua essência – resposta jurídica ao dano – para atentar de maneira preponderante (talvez este seja o ponto crucial do problema) a uma missão que não lhe é típica – resposta a condutas ilícitas – são variadas as possibilidades de desvirtuamento. A problemática voltará ao centro do debate quando do exame do papel dos pressupostos na tentativa de demarcação de uma teoria da responsabilidade objetiva.

⁴²⁸ Compartilhando desta ideia, o que o faz por meio da lúcida associação entre responsabilidade objetiva e falta de pressupostos ao surgimento do dever geral de reparar danos (esta, aliás, é uma das caracterizações daquele instituto), MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito privado e responsabilidade civil das autarquias locais**. In: AAVV. *Direito e Interioridade*. Actas dos I, II e III Cursos de 2008, 2009 e 2010. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 233.

lesado⁴²⁹; ideias estas que, aliás, vêm ao encontro dos primados de tutela da pessoa na sua integralidade e que, por isso, podem ser mencionadas como parte do alargado fenómeno de ampliação da noção de responsabilidade civil⁴³⁰.

E, neste particular, pode-se observar que os regimes especiais de imputação objetiva nascem associados às mais variadas situações de proteção da pessoa, abarcando facetas muito diversificadas da realização da personalidade. Não obstante esta pluralidade, todavia, pode-se inferir das mais variadas experiências jurídicas que duas são as esferas que, de momento, mais vivo interesse tendem a despertar: de um lado, as situações relacionadas à realização plena da personalidade por meio da fruição de interesses de natureza preponderantemente coletiva (tal qual ocorre, por exemplo, com o regime de responsabilidade objetiva por danos ao ambiente) e, de outro, as situações marcadas por um desequilíbrio genético na relação jurídica subjacente (neste particular, é exemplificativa a responsabilidade objetiva do produtor, que se legitima na hipossuficiência do consumidor no mercado de consumo)⁴³¹.

À vista destas ponderações e compreendido – mesmo que em linhas gerais – o contributo que a amplificação dos danos à pessoa tem na mutação da ideia de responsabilidade civil, cumpre observar como este fenómeno concretiza-se normativamente nos sistemas jurídicos sob comparação. O principal enfoque, contudo, merece estar centrado na interface entre imputação por culpa e imputação

⁴²⁹ ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**. Roma/Bari: Laterza, 2003, p. 156.

⁴³⁰ O tema, que ora se situa dentro do fenómeno jurídico da ampliação dos danos à pessoa (não obstante não seja a ele exclusivo), receberá tratamento autónomo na sequência, diante da sua importância ao desenvolvimento da linha central da investigação. Sem prejuízo, de grande relevância é o panorama delineado por BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3ed. Torino: Giappichelli, 2013, pp. 41-42, em especial quando assinalam que as variações do conceito de dano indenizável a partir das diversas hipóteses de danos à pessoa alimentam de modo muito intenso o debate a respeito das novas fronteiras da responsabilidade civil (e por isso são ricas na demarcação do conteúdo da sua noção jurídica atual).

⁴³¹ Neste particular, consoante assinala PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...**, cit., pp. 103 e ss., especialmente pp. 173-175, é notória a interface entre a responsabilidade civil (inclusive objetiva) e a tutela de uma gama de situações subjetivas (aqui, leia-se pessoais) existenciais conducentes à categoria dos danos à pessoa, seja numa feição coletiva (meio ambiente, qualidade de vida e saúde pública, apenas para citar algumas), seja num campo operativo de reequilíbrio de situações de hipossuficiência (por exemplo, o consumidor, o idoso e o incapaz). Igualmente sobre o tema, com especial ênfase à interconexão entre *danno ingiusto* e *interessi collettivi*, ver SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**. 2ed. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 122 e ss.

objetiva, porquanto, mais do que a ampliação do conceito de dano, parece trazer em si o premente debate acerca do que se espera e, por conseguinte, do que se concebe na noção jurídica de responsabilidade civil.

3 As interfaces entre o princípio da culpa e a imputação objetiva de danos

Neste cenário de tentativa de demarcação dos contornos do que hoje se entende por responsabilidade civil, é notório assinalar a importância que, nos últimos tempos, tem recebido a imputação objetiva. Isso porque o princípio da culpa – que já foi sinônimo de responsabilidade na sua mais ampla acepção, porquanto materializador dos seus fundamento e legitimidade – mostrou-se paulatinamente afastado da genética do instituto, interferindo cada vez menos na compreensão da sua manifestação (em sentido amplo e geral), não obstante tenha ainda viva relevância no surgimento do dever de indenizar em uma ampla gama de situações.

Justamente por isso é frequente assinalar que, ao contrário da imputação fundada na culpa, a responsabilidade objetiva converteu-se, na atualidade, no problema teórico mais tormentoso dos ordenamentos ocidentais pós-industriais⁴³². Por isso imprescindível, para que se possa desenvolver o objeto central da investigação posta, compreender qual a sua contribuição para a atual compreensão da ideia de responsabilidade civil enquanto conceito jurídico.

Identificar o seu conteúdo normativo e, por conseguinte, o seu atual papel na ideia central de responsabilidade, parece ser o primeiro passo para que se possa avançar neste mister.

⁴³² CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 275.

3.1 A hodierna noção de responsabilidade civil nas experiências sob comparação: o estado da arte em matéria de regulação normativa

Em momento precedente, como transição entre um plano histórico e um plano jurídico de análise, teve-se oportunidade de examinar os primeiros reflexos que os paradigmas sistematizados advindos da codificação (enquanto fenômeno) produziram na construção normativa da responsabilidade civil nos ordenamentos sob comparação. Nesta linha, verificada uma inegável mutação dogmática – evoluída já a partir dos frutos da terceira sistemática –, mas também socioeconômica e cultural, com potencialidade para interferir não apenas em regimes pontuais, como também na própria concepção do que, *lato sensu*, entende-se por responsabilidade, cumpre renovar a mesma tarefa a partir do regramento hoje vigente.

A proximidade dos anos que se seguirão a 1900 suscitaram questões que o modelo estático de responsabilidade fundada no absolutismo da culpa não pôde resolver satisfatoriamente, em especial no que tange às dificuldades advindas do agravamento das situações de risco⁴³³. Deste modo, a estabilidade do século XIX, que permitiu a construção de um modelo de responsabilidade rigoroso e aparentemente perfeito, cederá à multiplicidade de modelos do instável século XX, de modo a reforçar os inúmeros questionamentos imprescindíveis à solução de controvérsias inerentes a uma sociedade plural e desigual⁴³⁴.

E esta alteração de paradigmas se dá em dois momentos muito claros: primeiro, tomando por base um aparentemente novo referencial dogmático (fruto da terceira sistemática), a atingir variações conceituais e estruturais da regra geral de imputação; depois, a partir de um referencial de contornos mais alargados – não apenas jurídico, mas nomeadamente social, econômico e cultural –, apto, portanto, a

⁴³³ NEVES, António Castanheira. **Antologia**, cit., p. 381. Sobre o tema, permita-se reenviar a todas as digressões já apresentadas a respeito nos itens precedentes.

⁴³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Apresentação**. In: SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. Uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. XIII. A autora, com a sua invulgar percuciência, define o atual cenário da responsabilidade civil como um autêntico “[c]arrefour onde se entrecruzam necessidades práticas, reflexões morais, observações sociológicas, linhas de força históricas e pesados problemas de macroeconomia”, o que bem serve a demonstrar a sua hodierna complexidade.

acarretar mudanças de maior vulto, associadas ao incremento da multiplicidade de regimes (são várias as *responsabilidades civis* e não mais apenas uma) e, por isso, à própria ideia central de responsabilidade.

A entrada em vigor do BGB em 1900 permitiu não apenas à ciência jurídica⁴³⁵, mas aos próprios Estados que haviam editado seus Códigos a partir de uma nítida inspiração francesa refletirem sobre a necessidade de se revisarem algumas convicções em matéria de responsabilidade civil. Isso porque o modelo alemão mostrava-se aparentemente mais aperfeiçoado quanto à técnica legislativa, em especial no que diz respeito ao manejo dos pressupostos do dever de indenizar, pondo luz sobre controvérsias naturais que decorriam da necessidade de compatibilização entre um sistema de cláusula geral e uma interpretação exegética e, por isso, de tendência restritiva à ampla reparação de danos.

Em outras palavras, mesmo sendo notórias as contribuições agregadas ao BGB pela pandectística e pelo seu tratamento analítico dos pressupostos da obrigação de indenizar, o que já justificaria uma revisão por parte dos demais aderentes ao modelo francês, o sistema da culpa/ilicitude ainda se apresentava como um filtro mais eficiente na contenção de uma demasiada proliferação das hipóteses de responsabilidade, em tese, permitidas por uma cláusula geral, tudo no inegável prosseguimento de uma tendência de viés mais liberal que será revista por completo apenas após a II Guerra Mundial.

Neste cenário é que o confronto entre as peculiaridades das experiências portuguesa e italiana bem contribui a demonstrar o início de uma nova variação na essência do conteúdo da responsabilidade civil no período, que até então tinha a culpa enquanto fundamento inarredável – independentemente dela se apresentar, na condição de pressuposto, segundo um ou outro modelo –, o que se viabilizará em decorrência das diversas influências que nela se podem verificar ao longo do século XX que, tal qual o precedente, cada um à sua moda, ser-lhe-á determinante (ou desorientante).

⁴³⁵ Sobre a profundidade da influência do pandectismo na ciência jurídica portuguesa por via das Universidades, com posteriores reflexos nas alterações legislativas que se seguiram em 1966, ver os desenvolvimentos de CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 361 e ss.

Enquanto os frutos da codificação da segunda sistemática foram relativamente contemporâneos em Portugal e na Itália – 1867 naquele e 1865 nesta –, os reflexos da experiência alemã e da terceira sistemática por ela corporizada produziram-se com alguma distância no século XX. Isso porque enquanto o *Codice* foi substituído já em 1942 por uma nova versão, o congênere português veio a ser promulgado somente em 1966, ou seja, mais de vinte anos após, podendo-se antever até certa influência daquele sobre este.

Para tanto, deve-se ter em vista não apenas a forma como se estruturam os pressupostos do regime geral (e, por conseguinte, a noção jurídico-institucional dele decorrente), mas também a sua interconexão com as situações que lhe escapam, isso a partir de um confronto entre regra geral e regras especiais de imputação, tudo com o propósito de avaliar se esta inegável fragmentariedade, tão evidente nos dias atuais, pode, de algum modo, interferir na ideia de responsabilidade civil hodiernamente reinante⁴³⁶

3.1.1 A experiência italiana

A antes assinalada proximidade entre as experiências jurídicas francesa e italiana tende a se estreitar de algum modo na sequência do Código de 1865, talvez de certa forma estimulada pelos trabalhos da comissão ítalo-francesa sobre direito das obrigações – uma das primeiras tentativas de unificação em matéria de direito privado na Europa –, o que se reflete na sua segunda experiência codificatória⁴³⁷, sem prejuízo de que o tenha feito com algum grau de inovação.

Sem desatentar para a sua tradição (até então sob a égide da hegemônica construção francesa), mas já com alguma influência germânica, foi possível a construção de um modelo intermédio entre o *Code* e o BGB⁴³⁸, o qual veio

⁴³⁶ Antes de mais, é de se assinalar que, tal qual feito precedentemente, a ordenação dos sistemas tomou por base a sua cronologia, iniciando, assim, com o italiano, datado de 1942, seguindo-se, ao depois, com o português, de 1966, e o brasileiro, de 2002, justamente pela potencialidade que os primeiros terão de repercutir, de algum modo, nos posteriores.

⁴³⁷ CASTRONOVO, Carlo. *La responsabilità Civile*, cit., pp. 393-394.

⁴³⁸ CASTRONOVO, Carlo. *La responsabilità Civile*, cit., pp. 396-397.

materializado na regra do artigo 2043, com a sua célebre cláusula geral de responsabilidade civil assentada na noção de *danno ingiusto*⁴³⁹, segundo a qual “[q]ualquer fato doloso ou culposo, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”⁴⁴⁰.

Em verdade, no campo legislativo, a mudança é muito sutil se comparada com a regra congênere presente no Código de 1865. Do ponto de vista redacional, a tradição francesa aberta permanecia preservada⁴⁴¹, tratando-se apenas de incluir uma aparente qualificação ao dano, de modo a estabelecer que seria fonte de um dever de indenizar não um prejuízo qualquer, mas apenas aquele que se mostrasse injusto⁴⁴².

Esta é a exata razão, portanto, para se antever na experiência italiana do Código de 1942 um *tertium genus* entre os paradigmas então dominantes⁴⁴³; a regra era essencialmente francesa, sem prejuízo de uma notória tentativa de fechamento da estrutura dogmática da imputação por meio da exigência da injustiça do dano⁴⁴⁴, mesmo que não nos exatos moldes germânicos⁴⁴⁵.

⁴³⁹ A *ingiustizia* do dano passa a funcionar como uma espécie de filtro dos interesses merecedores da tutela aquiliana, tal qual intuía o regramento presente no BGB (o que vinha operacionalizado pela ilicitude), pois em sendo ela a lesão a um interesse de terceiro merecedor de tutela jurídica, percebe-se que não se está a falar de qualquer um, mas daquele que seja digno de proteção pelo direito. Nesta linha, não obstante a ilicitude apresente-se como pressuposto autônomo materializado por meio do dano injusto, aos moldes alemães, a injustiça do dano foi assim compreendida num momento inicial como a contrariedade ao direito decorrente do prejuízo sofrido pela vítima. Assim, GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 2ed. Padova: CEDAM, 1983, pp. 334-335.

⁴⁴⁰ Tradução livre de “qualunque fatto doloso o culposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

⁴⁴¹ A este respeito, observa MONATERI, Pier Giuseppe. **L’ingiustizia di cui all’art. 2043 C.C.** Uma nozione salda, o un’occasione di revisione codicista? *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. 52, n. 6, 523-529, nov./dic. 2006, p. 523, ser evidente que a estrutura do artigo 2043 do Código de 1942 foi ainda pensada “alla francese”.

⁴⁴² O debate sobre o conteúdo da expressão *danno ingiusto*, pelas suas importância e complexidade, receberá, no presente momento, apenas uma menção distintiva, com o intento de demarcar a sua relevância na estrutura da noção jurídica de responsabilidade civil na experiência italiana. O certo é que, como adverte ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. Principi. Torino: UTET, 2015, p. 158, o significado da “injustiça” a que alude o artigo 2043 não foi dado pelo legislador através da opção sistemática por um ou outro modelo de referência, mas construído pelo interprete, seja em juízo ou em doutrina, constituindo-se, dentre várias outras possibilidades igualmente reconhecidas, em fórmula de legitimação do balanceamento dos interesses envolvidos. Na mesma linha, BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno...**, cit., p. 155, falam em “valoração comparativa dos interesses em conflito” como o cerne da relevância da designação *danno ingiusto*.

⁴⁴³ ALPA, Guido. **La responsabilità...**, p. 157.

⁴⁴⁴ O fato de alteração não ter sido feita por meio da adoção integral de um modelo pronto permitiu alguma desorientação interpretativa inicial que tendia a ora antever no regramento do artigo 2043 a continuidade da experiência jurídica até então vigente (francesa, portanto), ora um desejo de

Em palavras mais precisas e sem prejuízo do reconhecimento da consagração de uma autêntica cláusula geral de atipicidade do ilícito⁴⁴⁶, ponto no qual o modelo italiano se afastava do alemão, é imprescindível acentuar que a estrutura dual da regra do artigo 2043 – polarizada ao mesmo tempo pelo *danno ingiusto* e pela culpa – retira de um juízo unitário nos moldes da *faute* a verificação da existência da lesão a um interesse juridicamente protegido que, a partir de então, passa a caracterizar a injustiça exigível para o dever de reparação do prejuízo sofrido⁴⁴⁷.

Tendo em conta tais constatações, é de se assinalar que a culpa continuou como pressuposto indispensável da regra geral de responsabilidade civil do artigo 2043, sem prejuízo de que, a partir dos dispositivos subsequentes, fosse possível construir – mesmo que em alguns deles por meio de esforço interpretativo posterior –

aproximação com o paradigma alemão; deste modo, somente após algum esforço estruturou-se pensamento dominante no sentido de um modelo autônomo e original capaz de oferecer respostas quicá mais efetivas de comparado aos modelos ditos históricos, especialmente à vista de novos e complexos problemas que logo se apresentariam. Uma vez mais fica a ressalva que o modelo do dano injusto, pela sua riqueza, demanda um estudo autônomo e mais aprofundado, o que se fará quando do exame dos pressupostos gerais do dever de indenizar a partir de um nexo de imputação de matriz objetiva, justamente em paralelo aos pressupostos ditos tradicionais e que de algum modo dele se aproximam (ilicitude e antijuridicidade, por exemplo). No presente estágio da investigação, por isso, aparenta-se suficiente a referência à sua natureza intermediária entre os paradigmas francês e alemão, especialmente diante da necessidade de se agregar um elemento jurisdizante ao até então predominante viés naturalístico atribuído ao dano no cenário da responsabilidade civil.

⁴⁴⁵ MONATERI, Pier Giuseppe. *L'ingiustizia...*, cit., p. 523.

⁴⁴⁶ O debate acerca da tipicidade (paradigma alemão) ou da atipicidade (paradigma francês) do ilícito dominou a doutrina italiana por largos anos, sendo vastíssima a produção a respeito. Sobre o tema, dentre as inúmeras referências possíveis a respeito, valiosa é síntese contida em SCIANCALEPORE, Giovanni. **La struttura dell'illecito: azione ed omissione**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, pp. 33-41. Atualmente, contudo, parece ser uma questão superada – até mesmo diante da absoluta insuficiência do princípio da tipicidade para dar respostas à uma realidade hipercomplexa decorrente de uma sociedade plural e multifacetada –, reconhecendo-se que a cláusula geral do artigo 2043 do *Codice* está fundada na atipicidade do ilícito. Fala-se, por isso mesmo, na responsabilidade civil enquanto “estrutura aberta”; assim, BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**. *Danno ingiusto e danno non patrimoniale*. Torino: UTET, 2011, pp. 14-15.

⁴⁴⁷ VISINTINI, Giovanna. **Cos'è la responsabilità civile**. *Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*. 2ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 102-103. Segundo a autora, a tantas vezes aludida gênese alemã da construção (associada, portanto, ao dito modelo da culpa/ilicitude) pode ser encontrada nas consignações contidas na *Relazione del Guardasigilli* do Código de 1942, onde consta que a inserção da exigência da injustiça do dano teve por objetivo (em contraponto ao modelo da *faute*) aclarar a diferença entre culpa e *iniuria* que, como se reconhecia a partir de então, eram conceitos distintos. Daí porque ter prevalecido a já referida interpretação inicial – em muito alterada em momento posterior, deve ser dito – no sentido de que o requisito da injustiça do dano materializava-se por meio da aferição da antijuridicidade da conduta, o que, sem dúvidas, apresentava-se lógico e suficiente para um sistema geral ainda baseado na culpa enquanto regra geral.

uma série de situações de imputação objetiva⁴⁴⁸. Assim é que não obstante a culpa permaneça como um importante nexo de imputação, é possível verificar diversas situações de responsabilidade civil para além da sua ocorrência, rompendo-se, desta feita, com a sua centralidade absoluta⁴⁴⁹ para o fim de reconhecê-la tão somente como um dos critérios de imputação dentre outros possíveis (em paralelo, assim, com os regimes de matriz objetiva⁴⁵⁰).

Estas observações permitem concluir que a superação da supremacia (excludente) da culpa na legitimação unitária do surgimento de uma obrigação indenizatória somente foi possível por meio da autonomia conferida à injustiça do dano que, assumindo as vezes de elemento central da imputação⁴⁵¹, influencia sobremaneira a atual noção de responsabilidade civil. E isso somente foi possível em razão do instrumental trazido pelo Código Civil de 1942 que, por meio dos seus termos inovadores na altura da sua edição – seja em relação ao modelo francês, seja ao alemão, não obstante deles tenha recolhido substratos muito importantes –, vem

⁴⁴⁸ O que, em verdade, não se afasta demasiado da própria experiência francesa, tal qual verificado na evolução histórica apresentada em momento precedente, a partir das criações interpretativas desenvolvidas com base nos artigos 1384, 1385 (em especial) e 1386, os quais tratam das situações de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, do fato da coisa e dos animais.

⁴⁴⁹ Sem prejuízo da retomada do tema em momento posterior, quanto se terá oportunidade de analisá-lo com maior profundidade a partir do exame da estrutura normativa paradigmática do “danno ingiusto” no campo dos pressupostos do dever de indenizar, cumpre desde já assinalar a centralidade desloca-se da culpa para a injustiça, que passa a ser o elemento integrador de todas as situações de responsabilidade extracontratual previstas no sistema jurídico italiano. Sobre o tema, mesmo que abrangendo uma perspectiva um tanto diversa que, contudo, parte da mesma premissa, qual seja, a centralidade do dano injusto e da regra do artigo 2043 enquanto unificadora de todo o sistema de responsabilidade extracontratual, por isso mesmo denominado “sistema monocentrico”, ver DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**. Contratto e torto. Torino: Giappichelli, 2014, pp. 168-169.

⁴⁵⁰ Deve-se observar, para tanto, que além das situações tratadas nos artigos 2047 (*Danno cagionato dall'incapace*), 2048 (*Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*), 2049 (*Responsabilità dei padroni e dei committenti*), 2050 (*Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*), 2051 (*Danno cagionato da cosa in custodia*), 2052 (*Danno cagionato da animali*), 2053 (*Rovina di edificio*) e 2054 (*Circolazione di veicoli*), que contemplam situações de responsabilidade indireta e de responsabilidade agravada de algum modo compreendidas como fontes (mais ou menos claras) de ruptura com o princípio da culpa, ainda existem diversas outras situações de imputação objetiva na legislação extravagante, merecendo especial referência, neste particular e pela sua expressiva relevância, a responsabilidade do produtor (especialmente em decorrência do disposto no artigo 114 do *Codice del Consumo*) e a responsabilidade por danos ao meio ambiente (à vista das modificações acarretadas na disciplina do artigo 311 do *Codice dell'Ambiente* pela Lei n. 97, de 07 de agosto de 2013).

⁴⁵¹ Neste sentido, assinalando a centralidade do dano injusto nas mais variadas situações de responsabilidade civil (subjettiva e objetiva), ver FRANZONI, Massimo. **Trattato della Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè, 2004, t. I, pp. 32-33

permitindo à doutrina e à jurisprudência encontrar soluções concretas dogmaticamente sólidas para além do princípio da culpa.

3.1.2 *A experiência portuguesa*

Na linha de atualização das leis civis que se seguiram no curso do século XX, a regulação da responsabilidade civil em Portugal não ficou alheia às necessidades de mudança. Tanto que, tal qual referido precedentemente, foi possível verificar na experiência jurídica portuguesa, com o Diploma de 1966, uma parcial ruptura em relação à tradição francesa largamente adotada até então, o que foi feito por meio de uma aproximação do modelo de imputação introduzido pelo BGB.

O Código de Seabra – cuja “fraqueza estrutural” costuma ser assinalada pela doutrina nesta temática⁴⁵² – continha uma cláusula geral nos exatos moldes do artigo 1382 do *Code*, de modo que a aferição do pressuposto normativo de legitimação da imputação vinha desenvolvida por meio de noção jurídica próxima da *faute* francesa⁴⁵³. Já o Código Civil de 1966, no seu artigo 483, n. 1, inovando em relação à experiência anterior, passou a estabelecer que “[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

Da simples leitura do dispositivo é possível inferir que não obstante a redação tenha semelhança com o modelo atípico do *Code*, a estrutura de pressupostos é germânica. Isso porque a forma como predisposto o principal preceito em matéria de responsabilidade delitual no Diploma português terminou por acolher o modelo dual

⁴⁵² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 375.

⁴⁵³ A respeito, não é demasiado rememorar a letra do artigo 2361 do Código Seabra, o qual estabelecia que “[t]odo aquelle, que viola ou offende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuizos que lhe causar”. É bem verdade que, a partir de uma leitura preliminar (e tendo em vista a construção dogmática sobre os pressupostos da responsabilidade civil hoje vigente), poder-se-ia afirmar que a ilicitude estava presente, o mesmo não sucedendo com a culpa, que não era referida textualmente. Contudo, a interpretação então predominante, como visto, foi no sentido de antever no preceito a exigência da *faute* (enquanto juízo envolvente) como requisito do dever de reparar danos.

de pressupostos contido no BGB, individualizando-se a ilicitude e a culpa enquanto requisitos autônomos e cumulativos à verificação do nascimento da obrigação indenizatória⁴⁵⁴.

Neste último quesito, a prevalência do modelo alemão parece ser consensual, o que abre caminho para, por meio da autonomização da ilicitude, deslocar-se o fundamento exclusivo da responsabilidade civil extraobrigacional para além da culpa. É bem verdade que esta mutação não tem apenas assento normativo-dogmático, mas, como já referido, vem ao encontro de necessidades de ordem variada (políticas, econômicas, sociais e até mesmo culturais).

Divergências se estabelecem, contudo, quanto do reconhecimento da adoção literal do modelo alemão⁴⁵⁵ ou da construção de um modelo híbrido⁴⁵⁶, tal qual feito pelo Código Civil italiano. Neste particular, tende-se a convergir com a tese do modelo híbrido, justamente em razão da atipicidade o ilícito, pois não se trata apenas de reconhecer a autonomia da ilicitude em relação à culpa, mas também de predispor, de modo aberto (contrariamente do modelo típico alemão) acerca da necessidade da ocorrência de uma lesão a direito ou interesse legítimo (não especificados) para o surgimento do dever de indenizar⁴⁵⁷. Em outras palavras, o não estabelecimento de um *numerus clausus*, nos moldes do *Code*, aliado ao reconhecimento da ilicitude enquanto pressuposto autônomo, nos moldes do BGB, permite concluir, tal qual

⁴⁵⁴ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10ed. Coimbra: Almedina, 2009, v. I, reimpressão, p. 525. Ainda sobre o tema, SERRA, Adriano Vaz. **Obrigação de indemnização** (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexso causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). *Direito de abstenção e de remoção*. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 84, pp. 05-305, 1959.

⁴⁵⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**, cit., p. 290. Segundo o autor, o sistema português optou pelo modelo germânico da “cláusula geral limitada”, constituindo-se o artigo 483 num somatório das hipóteses previstas nos incisos do § 823 do BGB, mesmo que o tenha feito por meio de uma “formulação mais abrangente”.

⁴⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t., III, pp. 378-379.

⁴⁵⁷ Aferição esta que se concretizará por completo apenas na situação fática posta sob exame, por meio da verificação de possibilidades variadas (e ampliáveis) de lesão a interesses juridicamente tutelados, tudo conforme a evolução da proteção predisposta pelo ordenamento. Sobre o tema relacionado à ampliação da proteção por meio do reconhecimento de novas situações de tutela jurídica, mesmo que não por intermédio da figura clássica dos direitos subjetivos propriamente ditos, ver PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...**, cit., pp. 130-131; igualmente, ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Teoria Geral. Relações e situações jurídicas. Coimbra: Coimbra, 2002, v. III, pp. 109-110.

ocorre no modelo italiano, no sentido de um regramento intermediário entre um paradigma e outro⁴⁵⁸.

Sem prejuízo desta divergência e não obstante a nova estruturação trazida pelo Código de 1966 não tenha a dimensão de um conceito inovador como o dano injusto, é importante reconhecer que a ruptura com o modelo unitário da *faute* permitiu antever e situar – de modo mais direito e sem lançar mão de demasiadas construções jurídicas – o real lugar da culpa no juízo de imputação e, por conseguinte, a possibilidade do reconhecimento, em paralelo (e em razão de outros fatores), de uma série de regimes especiais de matriz objetiva (sem culpa), tudo a concorrer para uma revisão da própria ideia de responsabilidade civil.

Tal abertura sistemática, contudo, foi feita com uma ressalva, quiçá já se antevendo os riscos de uma ruptura muito brusca com o absolutismo da culpa. Nos termos do n. 2 do mesmo artigo 483, “[s]ó existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei”. Ora, disso se extrai que, na formulação original do Código de 1966, a culpa – não obstante deixe de ser fundamento exclusivo - é pressuposto geral da responsabilidade extraobrigacional, somente perdendo esta condição nas situações em que a lei expressamente assim o preveja⁴⁵⁹.

Trata-se de mais um ponto de aproximação com o BGB, porquanto nem o Código Civil francês e tampouco o italiano contemplam idêntica regra, sem prejuízo de que implicitamente assim se entendesse nas primeiras décadas do século XX⁴⁶⁰. Terá

⁴⁵⁸ Não obstante as experiências jurídicas italiana e portuguesa em matéria de responsabilidade civil extraobrigacional tenham se aproximado do BGB, mesmo que sem romper de todo com o paradigma francês, está claro que o Código Civil de 1966 está mais próximo do modelo dual (culpa/ilicitude) do que o *Codice* de 1942, pois foi expresso em reconhecer a relevância da ilicitude, ao passo em que este a referiu de modo apenas indireto, por meio da construção estruturada a partir do conceito (não expressamente dado, mas criado) de dano injusto.

⁴⁵⁹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., pp. 523-524.

⁴⁶⁰ A experiência italiana é especialmente rica a respeito, pois a ausência de uma norma de clausura como a contida no preitado n. 2 do artigo 483 do Código Civil de 1966 permitirá que, por meio de esforços interpretativos, criem-se claras situações de imputação objetiva a partir dos antes mencionados artigos 2047 e seguintes, com maior ou menor amplitude em cada um deles, não obstante o *Codice* não os tivesse expressamente concebido para este fim. Sobre o tema, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e Responsabilità Oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961, pp. 17 e ss.; igualmente, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, ristampa, pp.

por consequência, entretanto, a criação de um sistema de imputação mais fechado e restritivo à responsabilidade objetiva⁴⁶¹, que costuma ser associada com situações de imputação com base no risco ou no sacrifício⁴⁶².

Ao que dele se infere, não há dúvidas que a culpa se mantém enquanto pressuposto do regime geral de reparar danos, independentemente de outras previsões legais que eventualmente venham a expressamente dispensá-las⁴⁶³. Tal estruturação, todavia, aparenta-se mais fechada⁴⁶⁴ quando comparada com o modelo italiano, por exemplo, no qual foi possível uma maior amplitude de adaptação do *Codice* às novas necessidades de uma sociedade hipercomplexa.

Em síntese, e sem prejuízo das características antes assinaladas, é possível antever, também no sistema jurídico português, uma solução conciliadora entre os nexos de imputação, com o regime geral centrado na culpa – por isso dito ordinário – em paralelo a regimes especiais – por isso extraordinário – de matriz objetiva, mesmo que mais limitados⁴⁶⁵. Isso representa uma evidente mudança de epicentro que, pela

91 e ss. A questão será melhor analisada em momento posterior, diante da sua extrema relevância para além da demarcação da noção jurídica de responsabilidade civil na atualidade.

⁴⁶¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das obrigações**, cit., p. 364.

⁴⁶² A doutrina portuguesa tende a reduzir as hipóteses de responsabilidade objetiva (normalmente assim referida como gênero aberto nos demais sistemas) às situações de risco e de sacrifício: aquelas estariam associadas a atividades que, não obstante lícitas, teriam concretamente uma especial possibilidade de causação de danos; já estas, a situações excepcionais em que mesmo a lei autorizando uma ação lesiva, o sujeito tem o dever de reparar o prejuízo dela decorrente. Assim, MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**. Apontamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 82.

⁴⁶³ Fala-se, sem prejuízo, na necessidade de “temperar o pensamento clássico da culpa com certos ingredientes de carácter objetivo”; assim, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 631.

⁴⁶⁴ Neste particular, o exame de hipótese que estão largamente submetidas em outros sistemas a regimes de imputação objetiva, em confronto com a opção do legislador português pela culpa presumida, bem demonstra a pouca abertura do Código de 1966 à responsabilidade sem culpa. São exemplos desta realidade, dentre outras, as regras dos artigos 492 (danos causados por edifícios ou outras obras) e 493 (danos causados por coisas, animais ou atividades), porquanto ambas admitem a prova liberatória da ausência de culpa por parte do lesante (são, portanto, regimes de imputação subjetiva). Daí que a regra do artigo 483, n. 2, conjugada com a existência de uma subsecção específica destinada à responsabilidade pelo risco (artigos 499 a 510), autorizaria uma interpretação pouco inovadora em matéria de imputação objetiva, tendencialmente reduzida às situações em que a letra da lei não deixe dúvidas acerca da sua previsão. Este fechamento dogmático é uma notória marca da aproximação portuguesa do modelo alemão, não apenas legislativo, mas especialmente dogmático, o que fica também muito evidente a partir de um inegável processo de processo de germanização da sua doutrina.

⁴⁶⁵ Tal qual sucede na experiência jurídica italiana, os regimes de responsabilidade previstos na legislação esparsa – até mesmo por influência do direito europeu – têm sido pródigos em adotar nexos de imputação objetiva para o estabelecimento de um dever de reparação. Também neste particular,

sua magnitude, tem potencial para interferir diretamente na noção jurídica de responsabilidade civil, não mais associada a uma simples resposta sancionatória ao ilícito, mas na solução de um problema de distribuição do dano⁴⁶⁶.

3.1.3 *A experiência brasileira*

A codificação civil no Brasil é um fenômeno que, de regra, se opera com um certo retardo em comparação aos demais modelos jurídicos sob exame. Tal se deu quando da edição do primeiro Código, datado de 1916, bem como quando da sua reedição, efetivada apenas em 2002, ou seja, sessenta anos após a segunda experiência italiana (1942) e quase quarenta após a portuguesa (1966).

Esta letargia legislativa tendeu a viabilizar duas realidades que merecem ser assinaladas: primeiro, o alargamento da criação interpretativa para manter vivos regramentos antigos – enquanto não se perfectibiliza a revisão codificatória – cuja necessidade de atualização já era evidente; segundo, o recebimento de uma influência grande de diversas outras experiências já consolidadas, o que tende a contribuir com o nascimento de um novo Diploma já por si amadurecido.

Dita dupla realidade se figura muito viva no regime da responsabilidade civil na experiência do Código Civil de 2002, seja porque precedido de uma intensa criação da doutrina e da jurisprudência com vistas a viabilizar a aplicabilidade útil dos antigos preceitos do Diploma de 1916, ampliando os horizontes do dano indenizável, seja porque lhe foi possível, quando do trabalho de ressystematização, colher uma série de influências para além dos modelos ditos clássicos de imputação.

não há como se deixar de aludir à objetivação da responsabilidade pelos danos decorrentes do produto (artigo 1º do Decreto-lei n. 383/1989, de 06 de novembro) e aqueles causados ao meio ambiente (artigo 41 do Decreto-lei n. 11/87, de 07 de abril – Lei de Bases do Ambiente, e artigos 7º e 12 do Decreto-lei n. 147/2008, de 29 de julho).

⁴⁶⁶ Consoante observa COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, cit., p. 528, a noção de responsabilidade, em uma perspectiva dita clássica, está associada à ideia de que, sendo livre para agir, o agente deve responder pelos atos praticados e, por conseguinte, pelos danos causados. A aceitação – mais ou menos limitada – da possibilidade e da importância da existência de regimes de imputação objetiva altera esta noção, pois não é mais a liberdade que justifica a responsabilidade, mas a impossibilidade de que um determinado dano, independentemente do fato de decorrer de um delito, fique sem reparação.

Assim é que, não obstante seja frequente encontrar na doutrina a referência ao fato de que o Código de 2002, no campo da responsabilidade civil, manteve-se muito próximo, na essência, ao Diploma anterior⁴⁶⁷, é possível antever na sua disciplina uma tentativa de ressystematização do regime geral de imputação, bem como uma revisão dos regimes ditos especiais, com a incorporação de construções jurisprudenciais até então desenvolvidas. Neste cenário, dois pontos merecem destaque no que bastam a interferir na noção geral de responsabilidade que de momento interessa: a nova estrutura da cláusula geral de responsabilidade subjetiva e o espaço conferido aos regimes de imputação sem culpa (por meio de regra geral seguida de regras especiais).

A clássica cláusula geral do artigo 159 do Código de 1916⁴⁶⁸ – de inspiração redacional francesa, mas já influenciada pelo modelo germânico da culpa/ilicitude – foi substituída por duas regras que, para fins de surgimento do dever de indenizar, precisam ser combinadas: primeiro a do artigo 186⁴⁶⁹ da parte geral (em tese, portanto, não específica à imputação de danos, mesmo que termine por ser, na prática, a sua mais viva finalidade), que traz uma definição de ato ilícito⁴⁷⁰, a qual deve

⁴⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 383.

⁴⁶⁸ Consoante já reproduzido precedentemente, mas diante da retomada do interesse no presente momento, cumpre reprimir que o referido preceito dispunha nos seguintes termos: “[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

⁴⁶⁹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O preceito assemelha-se em muito à regra do revogado artigo 159, com a diferença de que aquela fazia desde logo expressa alusão ao dever de reparar danos, ao passo em que esta, com a pretensão de ser uma disciplina geral, apenas fala no cometimento de ato ilícito (sem menção, ainda, ao surgimento do vínculo obrigacional). Para uma síntese das críticas acerca das falhas redacionais imputadas ao artigo 186, o que demandaria uma análise mais aprofundada dos próprios pressupostos da responsabilidade civil e que, por isso, escapa do objeto ora desenvolvido (que será retomado em momento oportuno), consinta-se reenviar para TEIXEIRA NETO, Felipe. **A ilicitude enquanto pressuposto...**, cit., pp. 1163 e ss.

⁴⁷⁰ A definição de ato ilícito do artigo 186 vem complementada por outra prevista no artigo 187, que assim estabelece: “[t]ambém comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Trata-se, inquestionavelmente, de uma cláusula geral de abuso de direito, uma das inovações mais festejadas do Código de 2002 em comparação ao Diploma de 1916, que tratava do tema apenas *a contrario sensu* e de modo muito fragmentado no seu artigo 160, inciso I (ao definir que o ato cometido no exercício regular de um direito não poderia ser considerado ilícito). Sobre o tema, MARTIS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe>>.

ser somada à regra específica de responsabilidade do artigo 927⁴⁷¹ da parte especial, esta sim verdadeira fonte legal do dever de indenizar.

Desta formulação se extrai, tal qual se verifica nas experiências italiana e portuguesa, a adoção de um modelo híbrido situado entre os paradigmas francês e alemão. Isso porque ao passo em que se mantém a preponderância da atipicidade do ilícito predisposta em regime de cláusula geral (não limitada), contempla-se uma autonomia conceitual entre os pressupostos da culpa e da ilicitude, contrariamente ao conceito unitário de *faute*, relegando-se àquela não mais a prerrogativa de fundamento exclusivo da imputação, mas o papel de mero elemento que, somado aos demais predispostos, autoriza o surgimento de um vínculo obrigacional indenizatório.

A maneira como foi regulado o tema, até mesmo pela altura em que editado do vigente Código Civil brasileiro, não constituiu qualquer inovação no cenário civilístico de tradição continental, pois mera reprodução de um modelo híbrido, nos exatos moldes das bem-sucedidas experiências jurídicas italiana e portuguesa, que muito lhe serviram de inspiração (quiçá mais que os próprios paradigmas francês e alemão). O grande avanço ficará por conta da forma como foram tratados os regimes especiais de imputação objetiva, o que tenderá a reforçar ainda mais os indícios de

pdf >. Acesso em 23 mar. 2017, pp. 04-07. O somatório desta regra com a prevista no artigo 927 tem sido amplamente reconhecido pela doutrina brasileira como uma hipótese de responsabilidade objetiva, pois verificado o abuso e em sendo constatada a existência de um dano dele decorrente, surge a obrigação de indenizar, independentemente de culpa. Isso porque como a referência à culpa consta apenas na definição de ato ilícito do artigo 186, a conjugação da cláusula geral do abuso de direito com a regra do artigo 927 (que, por si, não pressupõe a concorrência culposa do agente) autorizaria o surgimento de uma obrigação de indenizar de matriz objetiva. Neste sentido, dentre outros tantos, CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., p. 168; GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV, p. 53; MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 142. Não obstante a aparente unicidade da doutrina neste particular, existem vozes dissonantes; para uma crítica acerca do reconhecimento de uma genuína hipótese de responsabilidade civil objetiva a partir da cláusula geral do abuso de direito do artigo 187, ver REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito**: críticas ao enunciado 37 da 1.ª Jornada de Direito Civil. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 7, abr. – jun./2016, pp. 92-93 (p. 63-94).

⁴⁷¹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Realmente, partindo-se da fria disciplina do dispositivo, deve-se reconhecer que ele próprio não faz alusão à culpa, que pode ser encontrada de modo direto apenas na definição de ato ilícito do artigo 186, à qual remete. Daí porque se afirmar que a cláusula do artigo 159 do Código de 1916 foi substituída, enquanto regra geral de responsabilidade subjetiva, pela combinação dos artigos 186 e 927.

uma mutação efetiva e derradeira da própria noção de responsabilidade civil na contemporaneidade.

A primeira novidade a respeito está na expressa adoção de uma ampla cláusula geral de responsabilidade pelo risco (sem culpa). Trata-se do parágrafo único do artigo 927 que, após iniciar com a ressalva de que [também]⁴⁷² “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”, estatui um regime de imputação objetiva “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Ora, não há dúvidas acerca da grande amplitude conferida ao preceito que, contrariamente do que sucede na sua reconhecida fonte de inspiração⁴⁷³ – no caso, o artigo 2050⁴⁷⁴ do Código Civil italiano –, substituiu o nexo de imputação⁴⁷⁵ “desenvolvimento de uma atividade perigosa” pelo “exercício de uma atividade de risco”, o é de veras diferente⁴⁷⁶.

⁴⁷² Note-se que o intento é absolutamente diverso da regra do artigo 483, n. 2, do Código Civil português, que tem por fim restringir as situações de responsabilidade objetiva aos casos expressamente previstos em lei, ao passo em que o preceito brasileiro visa a ressaltar que a regra por ele introduzida não prejudica as demais situações já estabelecidas em Diplomas extravagantes. Enquanto num a finalidade é limitativa, no outro é justamente congrega os demais regimes vigentes à regra geral introduzida para as situações de risco.

⁴⁷³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. Uma cláusula geral no Código Civil de 2002. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

⁴⁷⁴ “Art. 2050. Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”.

⁴⁷⁵ Para um panorama acerca da forma como se deu a substituição do nexo de imputação durante a tramitação do então projeto de Código Civil, considerando que, como a inspiração era italiana, a lógica seria a manutenção da noção de “perigo”, ver GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar**: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, a. 1, n. 1, 2015, pp. 32-33 (pp. 21-43).

⁴⁷⁶ Neste sentido, ver a crítica de TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 807, para quem “a redação desta cláusula geral, por sua amplitude, não se mostra precisa, uma vez que toda e qualquer atividade implica, por sua própria natureza, ‘riscos para os direitos de outrem’”. A temática é extensa e somente pode ser perfeitamente compreendida se desenvolvida em perspectiva comparada, a partir de uma interface entre o precitado artigo 927, parágrafo único, e os artigos 2050 do Código Civil italiano e 493, n. 2, do Código Civil português, diante da reconhecida intercomunicabilidade entre eles. Sobre o tema, permita-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Responsabilidade civil agravada pelo risco/perigo da atividade**: um diálogo entre os sistemas jurídicos italiano e brasileiro. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil: novas tendências. Indaiatuba/SP: Foco Jurídico, 2017, pp. 163 e ss.

Entretanto, o que interessa de momento é assinalar o giro estrutural que a inserção de um preceito desta magnitude representa na configuração da noção jurídica de responsabilidade civil em um dado sistema: primeiro, porque considerando a sua topografia, o fato de estar contido no mesmo dispositivo que regula a regra geral de imputação por ato ilícito bem serve a demonstrar o intento do Código Civil de conferir igual magnitude a ambos os regimes (subjetivo e objetivo); segundo, porque a sua disposição em termos largos, por meio de nítida cláusula geral (na sua mais lata acepção), confere ampla margem interpretativa ao seu operador para, por meio da subsunção no caso concreto, determinar o âmbito de incidência da imputação sem agravada⁴⁷⁷.

Dito preceito vem complementado por uma série de outras hipóteses de responsabilidade objetiva, o que foi feito, na maior parte delas, por meio de uma substituição dos regimes de culpa presumida do Código de 1916. Tratam-se das situações previstas no artigo 932, incisos I (responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores), II (responsabilidade dos tutores e dos curadores pelos atos dos tutelados e dos curatelados), III (responsabilidade do empregador ou do comitente), IV (responsabilidade dos donos de hotéis e congêneres), V (responsabilidade daquele que houver participado do produto do crime), combinado com o artigo 933⁴⁷⁸, e nos artigos 931 (responsabilidade dos empresários individuais e das empresas), 936 (responsabilidade do dono ou detentor de animal) e 938 (responsabilidade pela queda de objetos)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Várias são as tentativas da doutrina brasileira no sentido de demarcar os elementos da *fatispecie*, tendo em vista a expressiva abertura da regra posta no Código Civil. Sobre o tema, dentre as dezenas de obras a respeito, imprescindível é a referência a GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco...**, cit., pp. 110-118; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos Tribunais Superiores**. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (coord.). *Superior Tribunal de Justiça: doutrina. Edição comemorativa aos 25 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 356-360 (pp. 349-370); e TARTUCE, Flávio. **A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002**. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, a. 1, n. 3, 2015, pp. 596-603 (pp. 583-638).

⁴⁷⁸ “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa da sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Trata-se de clássicas situações de responsabilidade indiretas, então submetidas ao regime da culpa presumida, que foram transformadas em hipótese de responsabilidade sem culpa (não mais, portanto, admitindo-se prova em contrário); sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado...**, cit., pp. 835-836.

⁴⁷⁹ Alguma divergência se estabelece acerca da natureza da regra do artigo 937 do Código Civil (“O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem da sua ruína, se esta provier de falta de

Independentemente de eventual divergência sobre a amplitude de um ou outro preceito, não há dúvidas de que a experiência brasileira, sem prejuízo da contemplação de uma típica cláusula geral de responsabilidade subjetiva por atos ilícitos, foi pródiga no reconhecimento, em paralelo, de uma série de hipótese de responsabilidade objetiva. E o fez por meio de regras variadas, ou seja, tanto de cláusulas gerais (abuso de direito, nos termos da combinação dos artigos 187 e 927, “caput”, e risco da atividade, consoante artigo 927, parágrafo único), quanto de situações especificamente determinadas (artigos 931, 932, 933, 936 e 938).

3.2 Responsabilidade subjetiva vs. responsabilidade objetiva: um espaço de coexistência?

As constatações até o momento apresentadas, especialmente em decorrência da forma como posta a gestão dos danos nas experiências jurídicas sob comparação, demanda a necessidade de uma profunda reflexão acerca do atual conteúdo da noção jurídica de responsabilidade civil. E tal deverá ser feito, inexoravelmente, tendo por base duas importantes premissas: primeira, a superação da culpa enquanto fundamento absoluto da imputação; segunda, a crescente proliferação dos regimes de matriz objetiva no panorama global da imputação.

reparos, cuja necessidade fosse manifesta), se subjetiva ou objetiva; com acerto, diante dos termos do preceito de regência, prevalece a orientação no sentido de que, como alude à uma omissão do proprietário por ações de reparo que deveria ter empregado (negligência, portanto), seria caso de culpa presumida. Assim, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, cit., pp. 174-175; MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., p. 330; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado...**, cit., pp. 847-848; CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil**. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 178; dentre outros. Não há, contudo, consenso: em sentido contrário, CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., p. 242, sustentando tratar-se de hipótese de responsabilidade objetiva fundada na “teoria da guarda”; GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**, cit., p. 115, não obstante refira que a situação “está submetida, conforme o pensamento da maioria, ao princípio da culpa”, elenca-a dentre as situações de imputação objetiva, por entender serem limitadas as possibilidades de prova liberatória; já VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Responsabilidade civil. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. IV, p. 105, aparenta possuir uma posição um tanto vacilante, pois ora refere que “[p]resume-se a culpa”, ora que “ampara-se [...] na responsabilidade objetiva, aproximada neste tópico, pelo Código Civil”.

Daí a relevância de se compreender, no cenário atual de complexidade em que inserida a responsabilidade civil, especialmente em razão das várias missões que lhe são atribuídas, o espaço de cada um dos nexos de imputação mais largamente invocados e a interface entre eles, no sentido de se demarcar o âmbito de aplicação exclusiva ou excludente de cada um. Este esforço de sistematização e de análise acabará por ter uma utilidade evolutiva muito grande, pois representativo do paradoxo entre restrição dos danos indenizáveis (apenas aqueles qualificáveis como injustos, por exemplo) e ampliação da reparação civil (nomeadamente pela fragmentária regulação de situações especiais de responsabilidade).

Ao que se viu, as transformações advindas das sucessivas mudanças iniciadas a partir do avanço do processo de industrialização e das subsequentes vicissitudes pelas quais passaram as diversas nações no curso do século XX trouxeram a necessidade de repensar as soluções dogmáticas então disponíveis no direito da responsabilidade civil, tudo com vistas a atender novas situações que recebiam respostas inadequadas por parte dos institutos jurídicos respectivos, ao menos tal qual postos. Ao mesmo tempo, isso não significa dizer que se estaria a propor uma radical ruptura de regime – tal qual paulatinamente operado ao longo dos anos que antecederam a sistematização da responsabilidade civil moderna, com o completo abandono da imputação sem culpa –, mas uma genuína coexistência de soluções jurídicas⁴⁸⁰

Até mesmo porque, em matéria de responsabilidade civil, o pensamento jurídico tende a oscilar, em curtos espaços de tempo, entre um extremo e outro⁴⁸¹, indo da culpa ao risco, do ressarcimento à punição (e fazendo o caminho inverso na sequência), tudo a demonstrar uma autêntica conflituosidade interna, com situações diversas submetidas a uma mesma disciplina jurídica.

⁴⁸⁰ Ao que parece, trata-se de uma alternativa dita conciliadora, a qual reproduz uma das vertentes doutrinárias especialmente tratadas em França, onde os autores fazem alusão à existência de *dois polos* da responsabilidade civil (Josserand) ou mesmo a *fato danoso anormal* em paralelo ao *fato danoso normal* (Bettremieux), ambos como fontes da obrigação de reparar danos. A respeito do tema, com um consistente apanhado da doutrina francesa sobre os sistemas de conciliação, ver DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 77-78.

⁴⁸¹ DE CUPIS, Adriano. **Sul tema del danno e del ressarcimento**. In: BUSNELLI, Francesco Donato; SCALFI, Gianguido. *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985, p. 321.

3.2.1 O regime da culpa e a sua posição no quadro geral da responsabilidade civil

Quando se propõe a tratar da culpa e do seu hodierno lugar na estrutura da responsabilidade civil, especialmente em cotejo com os diversos regimes de imputação objetiva ora predispostos, cumpre bem delimitar qual é a sua real importância e se, com efeito, é possível falar na sua superação. Para tanto, previamente à observância do seu regime ou mesmo do seu conteúdo, cumpre apreciar as duas acepções por ela ocupadas no curso da evolução da noção de responsabilidade.

Consoante já tratado a partir de uma abordagem de cunho histórico, o princípio da culpa assumiu lugar de exclusividade na linha da sistematização da responsabilidade civil moderna, passando a ser entendido enquanto fundamento unitário da imposição da obrigação indenizatória. Nesta altura, fala-se mesmo no seu reconhecimento não apenas como condição essencial de reação ao dano, mas especialmente como princípio de razão natural⁴⁸².

Tal se deu em tamanha medida, ao ponto de ser usual assinalar a existência de um genuíno paralelismo entre o princípio da culpa no campo extracontratual e princípio da autonomia privada na esfera contratual. Ora, se a liberdade é a regra e o contrato é a exceção, em matéria de danos a irresponsabilidade apresentava-se como a regra e a imputação, a exceção, sendo justificável apenas quanto provada a concorrência culposa do agente para prática do ato ilícito danoso⁴⁸³.

Em outras palavras, diante das peculiares necessidades filosóficas e ideológicas de um período, a culpa passa a ser concebida como a razão e o fundamento absoluto da responsabilidade civil. Tanto que o surgimento de uma obrigação indenizatória com a sua dispensa podia ser visto como verdadeira reminiscência dos direitos antigos – nos quais o pouco refinamento dos conceitos não

⁴⁸² DE CUPIS, Adriano. **Il Dano**, cit., p. 144.

⁴⁸³ ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**, cit., p. 182-183.

permitia uma diferenciação autônoma de pressupostos – e ser percebida, portanto, como inconcebível ao grau de desenvolvimento atingido pela Ciência Jurídica com a codificação⁴⁸⁴.

A hegemonia da culpa dentro da estrutura dos pressupostos foi tamanha que o seu conceito tendia a dominar a origem da responsabilidade em si, criando-se verdadeira sinonímia entre *ato ilícito* e *ato culposo*, de modo que a alusão à existência de um ato contrário ao direito na gênese do comportamento causador de dano passava a ser subentendida como uma concorrência culposa do agente⁴⁸⁵.

Disso se infere que o dogma da vontade que permeou a sistematização do direito civil moderno como um todo também se refletiu na responsabilidade civil enquanto verdadeiro lastro da culpa e, em último grau, fundamento indireto de legitimidade da obrigação indenizatória⁴⁸⁶. Isso porque, consoante já referido, parte do pressuposto segundo o qual cada indivíduo é garantidor dos seus próprios atos, o que se traduziu na máxima segundo a qual se possui liberdade para agir ou para se omitir, deverá responder pelos danos a que der causa no exercício desta liberdade.

Ocorre que tal somente se mostrou verossímil e factível em face da baixa complexidade social verificada na altura, apresentando-se os eventos danosos como genuínos atos pessoais que, por isso, podiam ser atribuídos à vontade corporizada na livre atuação do agente, mesmo que em decorrência da sua mera desatenção⁴⁸⁷. Por isso ser usual a compreensão segundo a qual se o contrato dá origem ao vínculo obrigacional com base na vontade das partes, o mesmo ocorre na responsabilidade civil que, com base na vontade do legislador, confere a determinados atos jurídicos

⁴⁸⁴ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'Illecito*, cit., p. 307.

⁴⁸⁵ A associação era tão intensa e generalizada que, consoante assinala VISINTINI, Giovanna. *Cos'è la responsabilità...*, cit., p. 45, somente a partir das reflexões propostas por Stefano Rodotà, na década de 60 do século XX, é que a doutrina italiana passou a compreender plenamente que os conceitos de *illecito* e de *colpa civile* previstos ambos no artigo 2043 do *Codice* eram autônomos entre si. O mesmo sucedeu em Portugal e no Brasil, quicá com uma demora ainda mais acentuada.

⁴⁸⁶ Nesta linha, MONTEIRO, António Pinto. *A Responsabilidade Civil...*, cit., pp. 322, fala mesmo no princípio da culpa enquanto genuíno “corolário da liberdade e da autonomia do homem”.

⁴⁸⁷ ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 183.

peculiares efeitos⁴⁸⁸ – desde que tenham na sua origem um agir livre e desembaraçado que reflita a vontade do agente.

Tais convicções permitiram construir toda uma dogmática segundo a qual o surgimento da obrigação indenizatória pressupunha a ocorrência de um dano decorrente de uma conduta reprovável. Com isso, a legitimidade da transferência de ônus do lesado ao lesante terá como fundamento exclusivo a censurabilidade da conduta exprimida pela culpa, permitindo a generalização do princípio *pás de responsabilité sans faute*⁴⁸⁹.

Diante desta supremacia de legitimidade, fica evidente a redução das situações de imputação civil à ocorrência de um juízo de culpa a ligar o dano à conduta do agente, justificando, com isso, o surgimento de uma obrigação indenizatória, mesmo que por vezes esta estrutura demandasse um esforço de construção *ficto iuris* no sentido de viabilizar a subsunção de uma série de situações na dita regra. São vivos exemplos desta aparente artificialidade algumas das explicações fornecidas pelas teorias da *culpa in eligendo* e da *culpa in vigilando* para sustentar obrigações genuinamente não lastreadas em uma autêntica e real censurabilidade⁴⁹⁰.

As já tratadas mutações pelas quais passaram a Ciência Jurídica ao longo do século XX, contudo, colocaram por terra esta premissa, o que decorreu de uma evidente falta de adaptação da culpa à crescente complexidade social⁴⁹¹. É bem verdade que, neste percurso, operou-se uma evolução do conceito de culpa, especialmente no que releva à disciplina da responsabilidade civil, passando de uma acepção psicológica para uma acepção preponderantemente normativa que lhe mantivesse atual⁴⁹².

⁴⁸⁸ ROTONDI, Mario. *Istituzioni...*, cit., p. 373. Segundo o autor, a diferença não está na voluntariedade do ato que dá ensejo à constituição do vínculo, pois o ilícito doloso assim o pode ser. O que demarca ambos os campos de incidência do direito obrigacional é a intencionalidade da constituição do vínculo, que faz do contrato um negócio jurídico, pois mesmo na presença de dolo, na responsabilidade civil não há vontade na constituição da obrigação, que surge de uma imposição legal. A vontade, contudo, está no agir do sujeito, não obstante a constituição da obrigação não seja obrigatoriamente desejada.

⁴⁸⁹ ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 189.

⁴⁹⁰ DI MARTINO, Vittorio. *La R.C nelle attività pericolose...*, cit., p. 06.

⁴⁹¹ ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*, cit., p. 184.

⁴⁹² CORDEIRO, António Menezes. *Da Responsabilidade Civil...*, cit., p. 458. Fala-se igualmente em culpa subjetiva (entendida enquanto dimensão psicológica do agente) e em culpa objetiva (considerada enquanto valoração de desconformidade entre a conduta e um modelo ideal de referência). Assim,

Tal, todavia, não se mostrou suficiente, fazendo com que apenas através da flexibilização da culpa enquanto dogma e da modulação de uma estrutura por vezes demasiado rígida em matéria de pressupostos – não só em relação ao seu rol, mas também quanto ao conteúdo de cada um deles⁴⁹³ – fosse possível concretizar o incremento do campo de aplicação da responsabilidade civil. Disso surge, por correspondência, a perda do seu *status* de fundamento único da responsabilidade civil e, por isso, de autêntica materialização do conteúdo da sua noção jurídica.

Nesta linha e diante dos crescentes influxos de objetivação da responsabilidade, chegou-se a aventar não só o forte retraimento, mas mesmo o abandono de qualquer relevância da culpa em matéria de imputação de danos⁴⁹⁴, tudo lastreado em uma crítica à sua condição de princípio geral e em um questionamento acerca da razão pela qual a regra deveria que o lesado suportasse o dano e não o inverso⁴⁹⁵.

A partir disso foi possível uma série de desenvolvimentos que, negando a universalidade da culpa no plano de justificação da responsabilidade civil, passaram a

MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**. In: SACCO, Rodolfo. Trattato di Diritto Civile. Le fonti delle obbligazioni Torino: UTET, 1998, v. 3, p. 75. Também SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., pp. 34-39. O tema é de extensão e complexidade dogmáticas tamanhas que não suporta enfrentamento exaustivo nesta seara. A respeito e sem prejuízo da bibliografia já citada, para uma abordagem sistemática e exauriente, pois mais diretamente conectada com o objeto investigativo a que se propôs, ver CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa...**, cit., pp. 23 e ss.

⁴⁹³ A própria evolução do conceito de culpa empregado nos diversos momentos da responsabilidade civil também é valor a ser considerado. A este respeito, ver as ponderações de RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 165-167.

⁴⁹⁴ DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**, cit., pp. 145-146. Segundo o autor, a tese do abandono extremo da culpa mostra-se inverossímil ao direito da responsabilidade civil, porquanto a consciência jurídica hodierna ainda se encontra deveras permeada pelo instituto; até mesmo porque inegavelmente continua a expressar não uma reminiscência do passado, mas, um legítimo senso jurídico refinado. É de se concordar com esta ponderação, pois não se fala em ruptura, mas na concorrência de regimes que buscam, cada um na sua particularidade, atingir o fim último da responsabilidade civil, que é distribuir o ônus decorrente do dano e, por conseguinte, atender ao interesse da paz social. A respeito, com maiores aprofundamentos sobre às doutrinas alemã e francesa sobre o tema, ver DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 43, nota 75.

⁴⁹⁵ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil...**, cit., pp. 218-219. A este respeito, ver as ponderações apresentadas por GOMES, Júlio. **Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva**. Revista de Direito e Economia, Coimbra, a. XIII, 1987, p. 114 (97-115), especialmente quando, após apresentar três teorias sobre a responsabilidade civil a partir de uma “moralidade diferente”, busca demonstrar que é possível propor uma sistematização que esteja centrada numa lógica diversa da ora vigente: de que o lesado, em princípio, suporta o dano; é digno de se destacar que o autor não pretende afirmar as teorias apresentadas mais ou menos adequadas, mas apenas ser possível pensar a partir de outra lógica correspondente a uma ponderação de valores e a prioridades econômicas e sociais igualmente diferentes.

conceber teorias variadas tendentes a apresentar-lhe um novo fundamento unitário⁴⁹⁶. Pretendia-se, com isso, legitimar a obrigação indenizatória não apenas nos casos tradicionais, mas também naqueles em que a imputação viesse justificada no risco, na garantia ou mesmo no sacrifício, situações estas concernentes a hipóteses de responsabilidade objetiva e nomeadamente associadas a um princípio geral de justiça distributiva⁴⁹⁷.

É importante assinalar que todo este esforço não significa dizer que se operou uma absoluta negação da importância da culpa, não obstante existam vozes, já agora, a identificar no seu conteúdo uma reminiscência ao passado⁴⁹⁸. Trata-se, em verdade, de uma ruptura que se opera no plano de legitimação da obrigação indenizatória que, em decorrência da necessidade de gestão de prejuízos por meio da compatibilização de interesses de cunho social (tendo em especial conta a impossibilidade de se aceitar que uma crescente gama de danos ficasse sem reparação), passou a não mais encontrar no princípio da culpa respostas a todas as demandas que lhe eram postas.

O que é possível desde logo concluir é que a complexidade e a heterogeneidade do fenómeno, ao menos nos dias atuais, não permite que se pretenda seguir princípios absolutos e exclusivos, fazendo com que a imputação, nas hipóteses de culpa, corresponda a um mínimo da responsabilidade que se espera do sistema. Tudo sem prejuízo de áreas ou esferas outras para as quais comandos de equidade, de precaução, de solidariedade (enfim, de princípios outros que a legitimem) permitam levá-la, sem esquecer, ainda, das formas de socialização já mencionadas, como os seguros obrigatórios, os sistemas *no fault* ou mesmo a previdência social (para além, portanto, da responsabilidade civil).

E o que é interessante de ser observado ainda em relação à importância ou não da culpa para fins de demarcação da atual noção jurídica de responsabilidade –

⁴⁹⁶ O tema será abordado com maior especificidade no capítulo seguinte. Não obstante, parece oportuna desde logo a referência a MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos...**, cit., pp. 43e ss., diante da abordagem apresentada a respeito.

⁴⁹⁷ ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**, cit., p. 190-192.

⁴⁹⁸ Neste sentido, mesmo que a partir de uma perspectiva diversa (responsabilidade obrigacional), CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 30 e ss.

justamente por representar um dos seus paradoxos⁴⁹⁹ – é o contraponto que se estabelece entre a sua crescente tentativa de mitigação por meio dos regimes de imputação objetiva e o incremento cada vez mais generalizado da aceitação de uma correspondente função punitiva⁵⁰⁰. Ora, a ideia de punição pressupõe uma censurabilidade, tal qual aquela extraível da noção de culpa, na sua acepção mais genuína.

Todas estas constatações permitem inferir que não obstante seja inegável a perda da centralidade que outrora confiada à culpa por meio da condição de fundamento unitário da responsabilidade civil, não se apresenta correto falar no seu abandono (ou mesmo na sua morte), constituindo-se não apenas em importante nexó de imputação, mas na regra geral presente nos mais variados sistemas, pois ainda suficiente à solução de uma larga margem de situações⁵⁰¹.

Esta superação da culpa enquanto síntese da noção de responsabilidade faz emergir de modo quase que consensual na doutrina– embora vozes já pareçam

⁴⁹⁹ A constatação deste paradoxo também é compartilhada por MONTEIRO, António Pinto. **A Responsabilidade Civil...**, cit., pp. 321-322, que vê neste fenómeno, de algum modo, uma certa recuperação de importância por parte dos pressupostos da culpa e da ilicitude.

⁵⁰⁰ A temática é extremamente complexa e merece uma referência neste primeiro momento unicamente para demarcar as contradições que a noção de responsabilidade encerra nos dias atuais. Isso porque voltará a ser mais bem tratada em momento oportuno, quando da abordagem do(s) fundamento(s) que legitimam a imputação de danos sem culpa. É digno de nota, porém, que superado o dogma oitocentista da absoluta pureza da função reparatória da responsabilidade civil, a doutrina e mesmo os Tribunais têm largamente reconhecido a importância de uma função punitiva. Neste norte, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 561 e ss.; JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995, reimpressão, pp. 47 e ss.; ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 208-209; MONTEIRO, António Pinto. **A Responsabilidade Civil...**, cit., p. 332; DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**, cit., v. II, pp. 16 e ss; dentre outros tantos.

⁵⁰¹ A propósito, tanto é verdade que a culpa se mantém como regra geral da responsabilidade civil que os mais recentes Códigos Civis editados nos países de tradição continental continuam a ser-lhe fiel, sem prejuízo dos concomitantes regimes de responsabilidade objetiva. Neste particular, paradigmática é a regra do artigo 1721, do Código Civil argentino de 2014, segundo a qual “[l]a atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”; são dignos de destaque, também, os igualmente recentes Códigos Civis da Romênia, de 2011, e da República Checa, de 2012; sobre o tema, LANNI, Sabrina. **Il nuovo Codice Civile della Romania: persona umana e responsabilità civile**. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. LIX, n. 4, pp. 887-888 [875-891], lug./ago. 2013. Igualmente, a Lei Chinesa em matéria de responsabilidade civil, cuja vigência iniciou em 01 de julho de 2010; a respeito, SEMPLI, Laura; LI, Yixian. **La nuova legge sulla responsabilità civile in Cina: mettendo ordine nel “cassetto” dell’illecito extracontrattuale**. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. LVI, n. 5, pp. 697-698 [693-715], set./ott. 2010.

começar a levantar-se em sentido contrário⁵⁰² – a ideia de que o dano é o elemento central do instituto da responsabilidade civil⁵⁰³, o que justificaria a construção da sua disciplina a partir do referido conceito⁵⁰⁴. Daí, por consequência, trazer ínsita a si a centralidade da noção de reparação, fazendo com que a demarcação do conceito daquele delimite a maior ou menor amplitude desta função.

Mas isso não basta, pois o dano em si, desprovido dos regimes de imputação, não tem consequências jurídicas especiais, fazendo com que apenas nas situações em que exista um liame normativo que lhe conecte ao lesante por meio da obrigação é que se possa falar em um genuíno interesse por parte da Ciência Jurídica. Nesta linha, não é demais lembrar que a tarefa da responsabilidade civil é justamente eleger dentre os danos verificados no mundo dos fatos quais serão objeto de uma obrigação indenizatória (no exato sentido de tornar o lesado indene – do latim, *in*, negativo, mais *damnum*, dano).

Especificamente quanto à temática da imputação, mesmo com todas as transformações sofridas pelo instituto e mesmo não tendo mais a culpa condições de materializar na sua plenitude – e completude – a ideia geral de responsabilidade, não há como se desprezar, em absoluto, a sua importância⁵⁰⁵. Até porque não haveria sentido em substituir-se um regime hermético (fundado na exclusividade da culpa) por qualquer outro que assim também o fosse, mesmo que a partir de qualquer dos nexos atualmente possíveis (risco, garantia ou sacrifício, por exemplo) e aparentemente mais conectados com os vigentes anseios sociais.

⁵⁰² Neste sentido, LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 77, referindo, como fundamento às suas conclusões, que “no momento atual, a sociedade busca muito mais por prevenção de acidentes do que por indenizações”. Igualmente, LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 161 e ss.

⁵⁰³ LEITÃO, Luis Menezes. **Direito das Obrigações**. 6ed. Coimbra: Almedina, 2007, v. I, p. 332.

⁵⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Obrigações**. Lisboa: AAFDL, 1986, v. 2, p. 265

⁵⁰⁵ Consoante já tantas vezes assinalado, é notório perceber que o fenómeno da codificação, ao passo em que sistematizou a responsabilidade civil e disciplinou a dogmática dos seus pressupostos, impôs-lhe, com isso, uma expressiva limitação, especialmente com o aprisionamento da sua noção jurídica sob o fundamento da culpa. Esta superação é notória, passando-se a dar relevo à culpa enquanto um dos pressupostos da formação do vínculo obrigacional de ressarcimento e não mais como seu fundamento exclusivo, o qual se dilui entre os regimes de responsabilidade subjetiva e objetiva.

Rompidas as barreiras predispostas à responsabilidade civil por meio da erosão dos seus filtros⁵⁰⁶, cabe uma reflexão sobre o alcance da ampliação da ressarcibilidade dos prejuízos enquanto fenômeno jurídico. As suas conveniência e oportunidade são inquestionáveis; basta definir quais serão os seus limites, especialmente para se antever até onde pode ou merece ir a obrigação de reparar danos.

Daí a importância da coexistência de títulos de imputação diversos – dentre eles a própria culpa – a incidirem conforme as situações positivamente estabelecidas para cada um, especialmente tendo em vista necessidades concretas a serem atingidas. Por isso a necessidade de exame do papel ocupado pelos regimes de imputação objetiva no panorama geral da responsabilidade civil, já que através deles hoje se estabelece uma importante conexão entre o dano e o lesante sem a necessidade da aferição de um juízo de reprovabilidade⁵⁰⁷.

3.2.2 *Os regimes de imputação objetiva e o seu lugar na construção da ideia de responsabilidade civil*

Do todo visto até então, a fragmentariedade tem sido uma marca notória dos regimes de imputação sem culpa, o que se mostra verificável, num plano de comparação, nas mais variadas experiências jurídicas. Contudo, o que se pretendia excepcional, quiçá marginal⁵⁰⁸, pois destinado a solucionar questões supostamente pontuais advindas de uma crescente mutação de necessidades sociais a partir da subversão do sistema tradicional, avolumou-se de forma inimaginável, a ponto de se

⁵⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas...**, cit., p. 11.

⁵⁰⁷ A derrocada da culpa vem exatamente associada à perda de centralidade da conduta, que vai substituída pelo prejuízo enquanto elemento nuclear da disciplina que, por isso, tende a ser chamada não mais responsabilidade civil, mas “direito de danos”. Sobre o tema, ROCA, Encarna. **Derecho de Daños**. Textos y materiales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 20-27, não obstante deixe-se de comungar do entendimento segundo o qual, mesmo em sendo evidente a mudança de paradigma, tal não basta a por fim à responsabilidade civil enquanto nomenclatura e disciplina.

⁵⁰⁸ A respeito, ver de DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**, cit., p. 148, nota 33, especialmente quando rebate as considerações de Ugo Ruffolo, que lhe atribuía a referência a uma possível marginalidade da responsabilidade sem culpa.

falar – como já se aludiu antes – em uma disciplina geral e por isso paralela ao regime (igualmente geral) da culpa.

E isso se viabiliza não apenas diante de uma inegável inflação legislativa, com a criação de novas hipóteses que passam a ser submetidas à imputação objetiva, mas também diante da estruturação de linhas interpretativas mais alargadas para casos já submetidos a tal regime, ampliando o seu alcance para abranger o que, na origem, lhe escapavam, inclusive com reflexos na redução das hipóteses de exclusão da responsabilidade por meio da flexibilização do nexo causal⁵⁰⁹.

O fenômeno encontrará, ainda, um campo fértil – em maior ou menor grau, como visto nas experiências sob comparação – a partir da inserção de cláusulas gerais de responsabilidade agravada (tendencialmente objetivas) fundadas no perigo ou no risco especial da atividade⁵¹⁰. Note-se que não obstante ditos preceitos usualmente façam alusão ao perigo ou ao risco como nexos de imputação, a delimitação do seu campo de aplicação será relegada ao aplicador que, no caso concreto, aferirá se uma dada atividade encerra ou não especial potencialidade danosa que justifique a imputação agravada; tudo, aliás, sem perder de vista que dita peculiaridade não lhe confere o atributo da ilicitude, porquanto, no mais das vezes, são mesmo atividade socialmente úteis e relevantes.

⁵⁰⁹ Este fenômeno pode ser verificado, dentre outras situações, em matéria de responsabilidade por danos ambientais, com a ampliação da responsabilidade por meio do alargamento das teorias de justificação, que tendem a migrar de um pressuposto calcado no risco criado para um genuíno risco integral, reduzindo-se, assim, as hipóteses de exclusão da responsabilidade. Em outras, palavras, bastaria o dano para que se pudesse impor um dever de reparar, com uma notória flexibilização do nexo de causalidade. Não obstante tal não seja uma realidade de todo estranha no contexto europeu, a jurisprudência brasileira, com certeza, tem sido a mais pródiga em construções neste sentido. O assunto, pela sua relevância, receberá nova atenção em momentos oportunos.

⁵¹⁰ Sobre o tema, é inegável uma tendência de consagração de hipóteses mais alargadas de imputação objetiva nos Códigos Civis cuja alteração/revisão foi mais recente, contribuindo-se, com isso, para a criação de regimes mais gerais e alargados de responsabilidade sem culpa. Neste sentido, é paradigmático o artigo 1757 do recente Código Civil argentino (“[t]oda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”), podendo-se citar, ainda, os artigos 998 do Código boliviano, 1846 do Código paraguaio, 1970 do Código peruano, 1913 do Código mexicano (especialmente após a reforma de 31 de dezembro de 2004) e 1457 do Código do Quebec. Sobre o tema, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco...**, cit., p. 54-58.

Nesta linha é que não só se supera – mesmo que parcialmente⁵¹¹ – com a tão característica fragmentariedade regulatória da responsabilidade objetiva, como se cria um autêntico e genuíno sistema paralelo de imputação de danos ao largo da culpa, fenômeno que levou autores a afirmarem (com equívoco, é verdade) a assunção do posto de regime geral preponderante⁵¹².

A contraposição entre a tradicional fragmentariedade e a crescente ampliação de que ora se falava (especialmente a partir as cláusulas gerais) invoca algumas controvérsias em matéria de fundamento de legitimidade da imputação. O risco, assim, tende a se apresentar como vacilante enquanto unidade, não se apresentando mais como uma unanimidade – daí mesmo porque a cautela no uso da designação restritiva *responsabilidade pelo risco*⁵¹³.

Ou seja, a justificativa para o surgimento de uma obrigação indenizatória a partir do exercício de uma atividade que traga em si um risco agravado mais ou menos controlado por determinado agente, atividade esta potencialmente lesiva, mas coletiva e individualmente apta a trazer benefícios gerais, nem sempre estará na base de todas as situações de imputação sem culpa. A propósito, basta atentar para a responsabilidade objetiva do comitente ou, no Brasil, dos pais pelos atos dos filhos, situações outrora construídas e justificadas no regime da culpa por meio de teorias de algum modo artificiais, como a *culpa in eligendo* e a *culpa in vigilando*⁵¹⁴.

⁵¹¹ Diz-se parcialmente porque não obstante ditas cláusulas gerais constituam grupos mais alargados de imputação objetiva, remanescem as características situações pontuais e fragmentárias, consoante já analisado.

⁵¹² Em outras palavras, a seguir esta linha, a responsabilidade civil objetiva seria tida como a regra e, a por culpa, a exceção. Esta é a proposta defendida no sistema brasileiro por SILVA, Gustavo Passarelli da. **A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após o advento do novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.passarelli.adv.br/artigos/a-responsabilidade-objetiva-no-direito-brasileiro-como-regra-geral-apos-o-advento-do-novo-codigo-civil/10/>>. Acesso em: 18 jun. 2014. Segundo o autor, a disciplina do parágrafo único do artigo 927, além da dispensa da culpa para todas as situações previstas nos incisos dos já mencionados artigos 932 (responsabilidade indireta) e 936 a 940, permite-lhe afirmar que a responsabilidade civil objetiva tornou-se a regra no Código Civil de 2002, diante da pluralidade de situações por ela abarcadas.

⁵¹³ Consoante adverte SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., p. 29, “o discurso do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva parece, hoje, questionável”.

⁵¹⁴ Neste particular, como bem adverte DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**, cit., p. 147, trata-se de uma falácia, pois nas situações em que a ausência de culpa não pode ser provada, fica notória a imputação objetiva e não por culpa presumida.

Neste específico particular, não há que se desconsiderar que a responsabilidade por atos de terceiro sempre esteve no âmago dos problemas atinentes à dispensa da culpa como pressuposto indiscriminado da obrigação de indenizar. Todavia, ao menos a partir de uma visão genuinamente realista, o risco também não se apresenta – na sua essência – como fundamento legitimador de uma obrigação de reparar danos nestas situações, o que justificou ao longo dos tempos intenso debate a respeito.

Os velhos *casos difíceis* assim tratados sob o regime da culpa parecem ter em si ainda alguma dificuldade caso sejam tomados a partir de um suposto regime da responsabilidade *pelo risco*, quanto mais porque já tinham, com as presunções de culpa de que gozavam, resultados práticos semelhantes aos agora atingíveis. Não há dúvidas de que a grande possibilidade de alteração da dinâmica entre as noções de generalidade e especialidade que historicamente marcou a relação entre os regimes de imputação subjetiva e objetiva está na aludida responsabilidade geral fundada no risco, não obstante nela não se exaura, seja pela possibilidade de que outros igualmente gerais surjam (v.g., um regime de responsabilidade objetiva pelo abuso de direito), seja pelo peso daqueles amplamente reconhecidos ainda de modo fragmentários, mas com potencial para, no todo, interferirem na noção jurídica de responsabilidade.

Na tarefa de elucidar a interface entre os regimes de matrizes objetiva e subjetiva e a sua significação para delimitar a atual noção jurídica de responsabilidade, incumbe, ainda, atentar para uma característica estrutural importante. Não obstante as especificidades que contenha em relação ao regime geral, a imputação objetiva assenta-se nos mesmos pressupostos básicos da disciplina geral da responsabilidade civil extracontratual em geral⁵¹⁵, tratando-se, no mais das vezes, de uma mera supressão de alguns destes requisitos, o que passa a exigir um fundamento de legitimidade ainda maior.

É notório que, no modelo consagrado pelos Códigos oitocentistas, até mesmo por influência da tradição romanística, o contrato ocupava o posto de figura

⁵¹⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. **Acidentes do Trabalho**, cit., pp. 10-11.

principal do direito das obrigações, merecendo atenção secundária as demais fontes que não se enquadrassem perfeitamente na sua disciplina. Esta, inclusive, aparenta ser a justificativa mais convincente ao tratamento pouco desenvolvido que se destinou à responsabilidade civil extracontratual, que se viu por vezes relegada a confins restritos e pouco claros da regulação da vida privada⁵¹⁶.

Neste cenário é que quando se fala em autonomia do regime de responsabilidade objetiva, especialmente no que tange à sua relevância à ressignificação da ideia de responsabilidade, não se pretende uma fragmentação ainda maior de uma disciplina já por vezes tangenciada na sua unitariedade, mas justamente a sua concatenação interna e com o regime geral de imputação por culpa⁵¹⁷.

A ampliação dos regimes de imputação objetiva – tanto por meio de cláusulas gerais mais ou menos amplas quanto por meio da previsão expressa de novas situações concretas ou do alargamento das já existentes – é uma realidade intransponível. Não obstante, os óbices à concreta estruturação de um sistema unitário aparentam residir justamente na dificuldade de se conceber uma regra que não se caracterize apenas pela ideia de negação da culpa e que tenha a capacidade de agregar o mais amplo espectro de situações normativas não fundadas na culpa⁵¹⁸.

Daí que, reconhecida a sua inegável importância e atual relevância no cenário da responsabilidade civil como um todo, a dividir atenção constante com o

⁵¹⁶ LANNI, Sabrina. **Il nuovo Codice Civile della Romania...**, cit., p. 884.

⁵¹⁷ Especialmente no direito brasileiro, não pelo seu ineditismo próprio (quanto mais se considerada a sua reconhecida inspiração no Código Civil italiano, quicá pai de todos os outros que se ocuparam do tema), mas pela forma como fora regulada a sua disciplina. E isso assim o é porque uma regra ampla de responsabilidade objetiva, tal qual cláusula geral, é demasiado generosa quando fala genericamente em atividade que envolva risco – como todas parecem ser em uma sociedade hipercomplexa –, sem qualquer menção a uma bem delimitada situação neste sentido, a permitir, com isso, uma abertura até o momento ainda não completamente determinada diante da relativa contemporaneidade da vigência do Código Civil de 2002. A respeito da rapidez com que as inovações legislativas produzem seus frutos na praxe jurídica, não é demais lembrar, tal qual já feito em momento precedente, que a cláusula geral de responsabilidade civil pioneiramente introduzida pelo Código Civil francês de 1804 somente teve a sua plena concretização algumas décadas depois, registrando, de início, uma aplicação tímida bastante conduzida por uma interpretação excessivamente positivista. O mesmo ocorre com a regra do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro, não se antevendo, por ora, uma subversão da lógica do sistema pela jurisprudência.

⁵¹⁸ TROISI, Claudia. **La responsabilità oggettiva**. In: STANZIONE, Pasquale (diret.). *Trattato della Responsabilità Civile*. Milano: CEDAM, 2012, v. II, p. 569.

regime da culpa, demanda profundas indagações sobre os seus genuínos – e não apenas históricos ou formais – fundamentos de legitimidade.

A imputação dita tradicional vinha estabelecida a partir de uma noção subjetiva de culpa, que era aferida individualmente em relação a cada ação e a cada indivíduo a quem ela fosse imputável (esquema adaptável a cada agente, conforme as suas especialidades) pela sua prática, sendo exigível, nesta situação, a existência de uma repreensão em relação ao agir danoso (responsabilidade civil como reprovação relativamente a uma conduta do agente, de modo que tal juízo de desvalor é que justifica a reparação, que se constitui numa autêntica sanção). Não há dúvidas de que há uma unidade nisso, tanto no ponto da legitimidade quando da significação, competindo estruturar as mesmas legitimidade e significação no campo da responsabilidade objetiva.

O modelo alicerçado na culpa substitui a valoração casuística por uma referência estabelecida a partir de um *standard* que se materializa na figura do homem médio; na hipótese de inobservância deste paradigma de referimento, assim entendido como critério geral de diligência ideal/ótima (que ainda assim deve ser contextualizado ao caso concreto), surge o dever de reparar os danos advindos da violação (responsabilidade civil como instrumento geral de prevenção de incidentes). A estrutura da responsabilidade civil objetiva, por outro lado, nasce idealizada não como uma resposta à conduta danosa (seja enquanto sanção, seja enquanto prevenção), mas como uma resposta ao dano, fornecendo, desta feita, um modelo propriamente indenizatório de reação ao prejuízo sofrido pela vítima⁵¹⁹.

Assim é a partir da contraposição entre as possíveis acepções de imputação estabelecidas tendo em conta um regime subjetivo e outro objetivo, passa-se a antever um debate acerca dos critérios da responsabilidade civil, sendo a demarcação do conteúdo de um e de outro, usualmente, estabelecida tendo em vista a (ir)relevância atribuída à aferição do pressuposto da culpa⁵²⁰. A única dificuldade está

⁵¹⁹ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 83-84.

⁵²⁰ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 84-85. Chega-se mesmo a falar no estabelecimento de um regime intermédio decorrente da admissão da prova da culpa a partir da simples demonstração da existência do dano e do nexo de causalidade (teoria da *res ipsa loquitur* ou

no aparente reducionismo desta aferição, que continua a pautar-se de certo modo pela importância da culpa, mesmo quando ela já não mais pode ser entendida enquanto fundamento da responsabilidade, mas como elemento necessário, ou não, ao surgimento do vínculo obrigacional em um regime específico (no caso, o de matriz subjetiva).

Em verdade, a tendência de objetivação dos sistemas de responsabilidade civil de há muito perpassa a disciplina, tendo a sua gênese em momento antecedente, com a objetivação da culpa e o estabelecimento de presunções de responsabilidade, para redundar, por fim, na criação dos antes aludidos regimes gerais (dentre eles o do risco). Este trabalho, inclusive, contou com especial colaboração judicial, pois em experiências jurídicas como a francesa e a italiana, por exemplo, a jurisprudência terminou por legitimar-se no desenvolvimento de novas hipóteses de responsabilidade objetiva⁵²¹.

Assim é que, de um modo geral e tendo em vista uma estrutura baseada no atendimento de pressupostos, haverá obrigação de reparar danos no regime subjetivo quando presentes o dano e o nexo de causalidade, além de demonstrado o não atendimento de um padrão de conformidade entre a conduta do agente e um modelo geral de referência; já no regime dito objetivo, quando verificada a existência de um dano que decorre de uma atividade, que vem predisposta como geradora de responsabilidade independentemente da existência de culpa⁵²².

A relevância ou não da verificação da culpa enquanto pressuposto indispensável ao surgimento do vínculo obrigacional – critério apontado como baliza de separação entre os regimes contrapostos – parece demonstrar dois fatores de grande relevância. Um primeiro, relacionado à função precípua assumida pela responsabilidade civil que, de um modo geral, vem corporizada na conveniência de induzir a prevenção de danos a partir da observância de *standards* de comportamento

também dita *para-subjetiva*), que se materializa nas presunções de culpa, as quais podem vir elididas pelo lesante, desde que demonstra o atendimento de requisitos ditos liberatórios previamente estabelecidos.

⁵²¹ CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità civile europea**. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 4, 2008, pp. 799-801.

⁵²² MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 85.

(regime geral de imputação subjetiva), salvo quando o próprio sistema, em função dos interesses coenvoltos, entender que, independentemente desta observância, haverá o dever de reparar danos (prevalência de uma função reparatória instrumentalizada por meio das regras de imputação objetiva). E um segundo, decorrente do primeiro, associado à (ir)relevância do exame da conduta do agente para o surgimento da obrigação de indenizar, sendo a baliza diferenciadora entre ambos os regimes não a existência do dano ou do nexo causal, mas da aferição da conformidade desta conduta em si a partir de parâmetros gerais de valoração (fala-se mesmo na relevância ou não de dirigir uma crítica à conduta do agente causador do dano⁵²³).

Tais constatações permitem inferir que os critérios de atribuição de responsabilidade (subjetivo, objetivo ou mesmo para-subjetivo) podem coexistir em um mesmo sistema⁵²⁴, dado que pautados por funções preponderantes diversas (não obstante por vezes complementares, pois operacionalizadas por genuínas *cargas de eficácia*), fazendo com que, ao longo desta operacionalização, possa-se estabelecer algum debate, com margens de variação, acerca do critério oportuno a regular certa classe de situações⁵²⁵.

E não apenas é possível esta coexistência como possui um autêntico efeito prático, interpenetrando-se ambos os regimes, seja por meio das situações intermédias, com a variação acerca da interpretação sobre o alcance da prova liberatória, seja por meio da uma por vezes dita *objetivação* do regime geral de matriz

⁵²³ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 85 e 87. Nas palavras do autor, um “giudizio di critica per la violazione del precetto che gli impone di essere diligente, cioè di conformarsi ad un dato modello”.

⁵²⁴ Mesmo os mais árdios defensores da ampliação da imputação objetiva reconhecem que tal não significa a morte da culpa aquiliana, mas apenas o reconhecimento da sua insuficiência e, bem por isso, de uma necessidade de complementação. Nas palavras de JOSSERAND, Louis. **Evolução...**, cit., p. 63, “[a] responsabilidade moderna comporta dois polos, o polo objetivo, onde reina o risco criado e o polo subjetivo onde triunfa a culpa; é em torno desses dois polos que gira a vasta teoria da responsabilidade”.

⁵²⁵ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 86. Segundo o autor, esta escolha, na prática, sequer é uma prerrogativa do legislador, fazendo com que a interpretação judicial, por vezes (como se terá oportunidade de aferir em momento oportuno), possa concretizar este mister por meio da reinterpretação de situações, que passa muitas vezes por meio da ampliação ou da redução das hipóteses intermediárias de responsabilidade (*responsabilità prima facie*) que, por isso mesmo, também tem o seu valor na operacionalização do sistema de responsabilidade civil.

subjetiva, por meio da objetivação do conceito de diligência, da imposição de obrigações de diligência especialmente agravadas ou da inversão do ônus da prova⁵²⁶.

Todas as ponderações até aqui postas e sem prejuízo da compreensível oscilação do conteúdo da noção jurídica – por vezes até paradoxal – que assumiu o instituto permitem concluir que, em última análise, não se mostra adequado falar em diversos gêneros de responsabilidade, mas sim em vários critérios em razão dos quais se imputa responsabilidade. Tanto por isso que, a partir de um referencial estrito, sequer seria tecnicamente adequado falar-se em responsabilidade objetiva ou por culpa, como se fossem gêneros diversos de responsabilidade, quando, em essência, trata-se apenas da descrição do critério pelo qual o sujeito tornou-se responsável⁵²⁷.

Nota-se, com isso, que a gestão do dano por meio da responsabilidade civil terá o seu conteúdo menos ou mais associada à conduta do agente, fazendo com a sua valoração possa ser dispensável em hipóteses nas quais a lei confira legitimidade para tanto, nas situações em que se justifique uma especial atenção à posição da vítima.

Oscila, assim, o conteúdo da noção jurídica de responsabilidade para, em se apresentando dicotômico (sempre associado ao dano, mas considerando ou não a relevância do desvalor da conduta do agente), ter uma feição própria para o regime de natureza subjetiva e o regime de natureza objetiva.

Neste último, que especialmente interessa ao estudo ora em curso, não se trata de um simples *alterum non laedere*⁵²⁸, mas de uma autêntica gestão de danos por meio de um nexo de imputação decorrente da lei (mais ou menos alargado) que, na hipótese da sua verificação, autorize transpor um dado prejuízo da esfera jurídica em que verificado para terceiro (no caso, o responsável, que não obrigatoriamente coincidirá com o lesante), tudo em razão de uma especial necessidade de atenção à vítima.

⁵²⁶ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 88.

⁵²⁷ RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1967, pp. 80-81.

⁵²⁸ Assim entendido, nas palavras de PRATA, Ana. **Dicionário Jurídico**. 3ed. 6reimp. Coimbra: Almedina, 1999, p. 66, como o “princípio segundo o qual todos os sujeitos têm o dever de não perturbar a legítima actividade alheia e de não interferir na esfera jurídica de outrem”.

Exatamente por tudo isso é que a aferição de um fundamento uniforme de legitimação da responsabilidade objetiva, que se pode materializar em diversos nexos de imputação, é tarefa imprescindível à sistematização da sua disciplina com vistas à construção de uma teoria geral, tal qual se está a propor.

CAPÍTULO 2

OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

MARCOS DE UMA BUSCA DE LEGITIMAÇÃO

*“La storia della responsabilità oggettiva è
una storia di ricerca della propria legittimazione”*

Carlo Castronovo

Se *ser responsável* guarda relação com a ideia de suportar consequências, há de pressupor, invariavelmente, um fundamento de legitimação, ou seja, um lastro que justifique, à luz do direito posto, a imposição de determinadas consequências que, por isso, guardarão relação com algo precedente, donde extraia a dita legitimação⁵²⁹.

A evolução da ideia de responsabilidade delineada precedentemente bem serve a demonstrar que o seu conteúdo foi e é oscilante ao longo do tempo, encontrando, por isso mesmo, fundamentos de legitimidade variados⁵³⁰. É certo, contudo, que a assunção pela culpa do posto de fundamento unitário parecia ter

⁵²⁹ Nas exatas palavras de SMORTO, Guido. **Il criterio di imputazione della responsabilità civile**. Colpa e responsabilità oggettiva in *Civil Law e Common Law*. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 2, 2008, pp. 423 e ss., para que se possa legitimar um dever de ressarcimento, especialmente a partir de critérios de imputação objetiva, deve-se indicar uma boa razão para justificar a transferência do dano daquele que o sofreu para aquele que por ele deve responder.

⁵³⁰ Por fundamento deve ser entendida a razão que justifica um instituto ou uma instituição e aquela por meio da qual se estabelece a medida de conformidade com o direito posto, tudo consoante os ideais de justiça vigentes em um determinado momento social e histórico. Daí porque ser razoável que os fundamentos da responsabilidade civil possam oscilar com o tempo, estando muito associados ao que se entende e o que se pretende com a noção de responsabilidade. Sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos da responsabilidade civil**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 15, n. 93, out. 1991, pp. 31-32.

representado um avanço intransponível na delimitação do campo de incidência da responsabilidade civil. Deste modo, apresenta-se plenamente compreensível qualquer objeção que se pudesse opor à perda deste *status*, tal qual feito quando dos primeiros desenvolvimentos da imputação fundada no risco, não sendo raro ainda se encontrarem reminiscências destas objeções no pensamento contemporâneo.

Consoante já tantas vezes assinalado, vive-se, por assim dizer, um genuíno paradoxo. De um lado, com o reconhecimento de um processo de incremento que autoriza mesmo a pensar numa autêntica generalização⁵³¹; de outro, porque – não obstante isso – a responsabilidade objetiva ainda persiste em ser vista como uma “figura delicada”, justamente pelo fato de prescindir da culpa como elemento de individualização do sujeito passivo da obrigação indenizatória ou mesmo como justificadora da própria responsabilidade a partir de um prisma significativo-ideológico⁵³².

Daí a necessidade de uma sólida justificação dogmática que atribua à responsabilidade objetiva fundamento capaz de ocupar posição idêntica àquela assumida pela culpa na imputação subjetiva. E, se não lastreada no risco – em decorrência de uma eventual insuficiência sua para tanto, o que de seguida se analisará –, em fundamento outro que a legitime de modo global, enquanto instituto coeso com as demais situações de imputação extracontratual, tarefa que ora se pretende.

⁵³¹ Não são poucas as referências neste sentido, falando-se, diante da ampliação crescente das possibilidades de imputação sem culpa, numa tendência de generalização da responsabilidade objetiva. Assim, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 600. Chega-se mesmo a afirmar que as situações submetidas à dispensa da culpa são atualmente tão numerosas que se opera quase que uma reviravolta na relação entre regras geral e especial; o princípio geral resta por traduzir-se em uma autêntica regra residual destinada às situações que escapam da imputação objetiva. Nestes exatos termos, GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 3ed. Padova: Cedam, 1985, p. 349.

⁵³² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 591.

§ 1º O RISCO ENQUANTO FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Não há dúvidas que, num panorama de evolução dogmática, o risco aparece como o primeiro grande fundamento de peso invocado para legitimar a responsabilidade sem culpa, ao menos numa visão pós-sistematizada do instituto (para bem marcar a sua diversidade das reminiscências dos Direitos primitivos). Foi por meio da sua invocação que se passou a justificar a possibilidade de, em determinados casos mais ou menos ampliados, impor-se um dever de indenizar na ausência de comprovação da culpa ou mesmo da ilicitude⁵³³.

Daí que a aparente linearidade da sua invocação – não obstante, por vezes, fundamentando-se em tendências diversas, não raro até mesmo contraditórias⁵³⁴ – autoriza a que por ele se comece a busca por um fundamento unitário que, na atualidade, atribua legitimidade à responsabilidade objetiva enquanto categoria jurídica, analisando a suficiência das diversas teorias então desenvolvidas.

1 As teorias fundadas no risco e o seu desenvolvimento

Como se pôde verificar a partir de um panorama histórico-jurídico de evolução, a migração de legitimidade da obrigação indenizatória deu-se na tentativa de resolver problemas que surgiram com maior fôlego a partir de expressivas mudanças promovidas pelo processo de industrialização. E tal foi operacionalizado não

⁵³³ Há consenso no sentido de que a responsabilidade objetiva se dá com dispensa da culpa. A mesma certeza não ocorre no que toca ao pressuposto da ilicitude, havendo não apenas divergências de regimes no seu indiscutível universo fragmentário, mas mesmo de concepções a respeito em um plano geral de verificação de pressupostos. Daí que, em razão deste cenário delicado no campo dogmático, a verificação acerca da (ir)relevância da ilicitude merecerá abordagem específica em momento oportuno, limitando-se, por ora, apenas ao registro da problemática.

⁵³⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos de la responsabilidad civil**. Prejuicio, culpa y relación de causalidad. Trad. colombiana. Bogotá: Leyer, 2005, p. 91.

apenas por meio da reinterpretação de dispositivos já vigentes⁵³⁵, mas também de alterações legislativas pontuais tendentes a reger grupos de situações bem delimitados.

Tudo isso permitiu o surgimento, por assim dizer, de verdadeiras “ilhas” de imputação objetiva, o que muito contribuiu à carência de uma genuína preocupação de conjunto, não apenas no que toca à falta de elaboração de princípios gerais, mas também de linhas de concretização ou mesmo de harmonização de soluções⁵³⁶, criando um cenário absolutamente craquelê, mesmo sob os auspícios de um fundamento aparentemente unitário, no caso, o risco.

Daí que, por vezes, não será raro deparar-se com certo grau de artificialidade em algumas soluções⁵³⁷ – como já ocorria quando da tentativa de se utilizar a culpa para tudo justificar⁵³⁸ –, o que pode ser compreendido a partir da origem e do esforço de ruptura que a alusão ao risco representou em um cenário que há pouco se estabilizara justamente com a consagração da culpa promovida pela codificação oitocentista.

1.1 A gênese dogmática do risco enquanto fundamento da responsabilidade objetiva

A forma de desenvolvimento peculiar pela qual passou a imputação objetiva de danos teve como inegável ponto de partida a responsabilidade de matriz delitual, desenvolvendo-se, assim, como um reflexo seu no que diz respeito à gestão dos pressupostos⁵³⁹. E esta circunstância, se bem identificada, auxilia na compreensão de uma série de aparentes inconsistências, inclusive no que tange à unidade do seu

⁵³⁵ A este respeito, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e Responsabilità Oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961, p. 17, observa a importância criadora da jurisprudência na valoração de regras de imputação já existentes, mas até então embasadas num sistema geral de responsabilidade subjetiva, permitindo, com isso, a estruturação de novas interpretações a partir de preceitos que tinham significado original diverso ou mesmo com uma maior restrição aos critérios de avaliação da culpa.

⁵³⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 593.

⁵³⁷ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 12.

⁵³⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 594.

⁵³⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 594

fundamento. Por isso é que este ponto de partida, em especial à vista das reminiscências que persistem em permear a estruturação do instituto, não raro levará a construções pouco palatáveis, pois estruturadas justamente a partir de realidades que, em essência, são diversas.

A culpa na sua acepção oitocentista era claramente identificada como uma barreira ao surgimento da obrigação de indenizar, barreira esta que, por questões de justiça distributiva, precisou ser transposta em situações específicas⁵⁴⁰. Ocorre que nem sempre tão somente extirpá-la do rol de pressupostos a serem verificados para fins de surgimento da obrigação de indenizar apresentou-se como a solução mais adequada e correta do ponto de vista dogmático, revelando-se simplista em diversas situações⁵⁴¹.

Tanto que a perspectiva clássica segundo a qual o juízo de imputação decorre da premissa de que o sujeito, por ser livre, responder pelos seus atos, permanece na base das primeiras acepções desenvolvidas a partir da noção de risco, promovendo-se apenas uma substituição da ideia de resposta ao ato culposo pela de responsabilidade pelo agir arriscado.

Seguindo uma linha de sistematização dentre as diversas possíveis⁵⁴², os primeiros desenvolvimentos da teoria do risco podem ser divididos em dois grandes grupos que merecem atenção para fins de se compreender a sua estruturação

⁵⁴⁰ Há alguma controvérsia entre os defensores e os críticos das teorias do risco acerca de uma genuína fundamentação em preceitos de justiça distributiva para fins de justificação da responsabilidade sem culpa. Isso porque uma das críticas que lhe foi direcionada por aqueles que persistiam em defender a suficiência da culpa como fundamento da imputação de danos era justamente o seu suposto materialismo, porquanto, consoante os seus detratores, a teoria do risco reduziria a problemática a ser enfrentada ao choque entre dois patrimônios, esquecendo-se de que existem pessoas na base destas relações. Neste sentido, MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., pp. 88-89. A crítica, contudo, como adiante se verá, apresenta-se indevida, pois não há dúvidas de que a preocupação em se buscar fundamento de justificação para além da culpa era exatamente ampliar as possibilidades de reparação, dando maior relevância à figura da vítima e reduzindo a incidência fortuita do prejuízo.

⁵⁴¹ Tais constatações são importantes para bem se compreender algumas dificuldades que se apresentarão, sendo oportuno, pois, reconhecer que o ponto de partida para esta nova sistematização foi, como dito, não só a ideia, mas especialmente a estrutura de responsabilidade fundada na concepção tradicional de resposta (sanção) ao ato ilícito culposo. Neste sentido, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014, ristampa, p. 32.

⁵⁴² Esta é a proposta por MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 88, que, pela sua relevância na demarcação de um ponto de identidade entre os que se preocuparam em apresentar as suas construções na busca da estruturação da responsabilidade civil para além da culpa, parece adequada ao presente estudo.

dogmática: um primeiro, de matriz negativa, que se limita a reconhecer a irrelevância da culpa (extirpando-a do universo da responsabilidade civil) e, com isso, estabelecer que qualquer fato – culpável ou não – que cause prejuízo obriga o seu autor a reparar o lesado; um segundo, de matriz positiva, que afirma a insuficiência da culpa enquanto fundamento e, por isso, empreende esforços na estruturação de um elemento outro que possa fazer as suas vezes na demarcação do prejuízo reparável a partir das diversas linhas de fundamentação baseadas no risco⁵⁴³.

1.1.1 As teorias negativas

As teorias ditas negativas vêm embasadas em uma preponderância da causalidade como fonte do dever de reparar danos. Nestes termos, independentemente da existência ou não da culpa, a obrigação exsuriria do fato de uma determinada ação ou omissão gerar um prejuízo não consentido a terceiro, não pressupondo, por isso, qualquer juízo de desvalor acerca da sua fonte causadora⁵⁴⁴.

Note-se que a pretensão é ampla, pois não vinha restrita a situações específicas; diante dos questionamentos postos quanto à validade da teoria subjetiva então largamente aceita como fundamento unitário do dever de reparar danos, isso em decorrência das novas necessidades agravadas pelo processo de industrialização, propunha-se a supressão da valoração da culpa de modo generalizado, a permitir a assunção, pelo princípio da causalidade, do posto de critério adequado para explicar mesmo as mais tradicionais situações de responsabilidade, que sequer representavam um problema de difícil solução à luz do sistema tradicional⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Antes de se partir ao exame propriamente dito de cada um dos grupos mencionados, cumpre registrar que diversos foram os autores, nos mais variados sistemas jurídicos, que dedicaram a sua atenção ao tema, de modo que uma abordagem exaustiva apresenta-se quase inviável. Até mesmo porque, em verdade, mostra-se mais produtivo à investigação apresentar um quadro das estruturas desenvolvidas para, a partir disso, delinear os reflexos que tiveram nas alterações jurisprudenciais e legislativas promovidas e, bem assim, na construção de um modelo atual de legitimidade da imputação de danos baseada no risco, ao invés de uma mera recolha histórica que eventualmente se pretendesse exaustiva.

⁵⁴⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 88

⁵⁴⁵ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 14. Segundo o autor, os defensores da teoria da causalidade pura entendiam que o princípio de imputabilidade não vinha sendo aplicado seriamente sob os

Com isso, passar-se-ia a estruturar uma dinâmica de pressupostos marcada pela simples supressão da culpa do rol dos requisitos a serem verificados para a imposição de um dever de reparação, sem qualquer pretensão de substituí-la por elemento outro que lhe fizesse as vezes – daí a designação negativa –, exsurindo o juízo de responsabilidade civil a partir da simples ligação de causa e consequência existente entre o dano e o ato do qual ele provém.

Os fundamentos para tanto são variados. Numa primeira linha, poderia vir identificado na opção do sujeito em agir, ou seja, no preceito geral de direito segundo o qual cada indivíduo deve assumir os riscos decorrentes da sua atividade livre e voluntária⁵⁴⁶. Para além disso, também é possível identificar construções que já têm o mérito de romper com a fundamentação voluntarista que caracteriza os sistemas fundados na culpa, reconhecendo que, nas situações de responsabilidade baseada na causalidade, a vontade não é a fonte da imputação⁵⁴⁷.

A alusão ao risco, na verdade, é um tanto evanescente, pois não se trata de uma legítima estruturação dogmática com base nele elaborada, mas da associação entre conduta e dano, com a inferência de que toda ação ou omissão encerra em si certo risco, o qual acaba por ser invocado como fundamento indireto de uma imputação calcada, em última análise, apenas na causalidade.

Assim é que, numa seara mais precisa de concretização, afirmar-se que sendo o lesado sujeito passivo da conduta da qual provém o dano – não tendo sobre ela qualquer ingerência –, não seria razoável impor-lhe as consequências do agir alheio e dos riscos dele consequentes. Nestes termos, se o lesante (sujeito ativo) deliberadamente decide realizar determinado ato, deve, a partir de uma relação de

auspícios da culpa, mas de maneira deformada e demasiado restrita, impedindo com isso a formação de uma responsabilidade mais ampla.

⁵⁴⁶ Aqui reside a antes referida identidade de ponto de partida entre as teorias da culpa e do risco, ambas fundadas na responsabilidade que exsurge da decisão de agir e, por conseguinte, da vontade que lhe está subjacente, o que bem demonstra que a ruptura não é total, mas apenas no plano das construções que decorrem de um genuíno dogma voluntarista, tipicamente liberal. Sobre o tema, DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 58.

⁵⁴⁷ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 15.

causalidade e com base no voluntarismo que está ínsito na sua decisão, suportar os riscos e as consequências prejudiciais que dele decorram⁵⁴⁸.

Note-se que não obstante pretenda-se geral, a abranger de modo unitário a gestão dos danos, a suposta inovação das teorias ditas negativas não guarda relação propriamente com os casos em que a culpa do agente vem evidenciada – nestes já existiria a obrigação indenizatória à luz de um sistema dito tradicional de imputação –, mas sim com aqueles em que não existe ou não é evidente, sendo mais propriamente para eles pensada, pois situações nas quais, consoante regra geral, restaria à vítima o encargo de suportar prejuízo sofrido.

Por meio da construção sob exame – usualmente denominada de teoria do risco integral⁵⁴⁹ em decorrência da grande ampliação que promove no campo da imputação de danos – busca-se, com a absoluta irrelevância da culpa, afastar a manutenção do que vem denominado incidência fortuita do dano ou, dito de outro modo, afastar a aceitação do “azar” como critério repartidor de prejuízos⁵⁵⁰. Isso vem reforçado a partir da ideia de que sendo o lesado sujeito passivo em relação à fonte do dano, feriria a equidade impor-lhe as consequências do agir alheio, quanto mais porque o senso geral de justiça estabelece que cada um suporte os riscos e as consequências dos seus atos, e não o contrário⁵⁵¹.

Em síntese, pode-se verificar que o objetivo destes desenvolvimentos teóricos reside em reconhecer a viabilidade do surgimento da obrigação de indenizar tão somente a partir da relação de causalidade entre o fato e o dano, constituindo-se a aferição da culpa, neste cenário e conforme a concepção preconizada, um genuíno

⁵⁴⁸ JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas**. Trad. Jaime Meira do Nascimento. Revista DireitoGV, São Paulo, v. 1, n. 1, mai. 2005, p. 112 (109-119). Igualmente, MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 90.

⁵⁴⁹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 88. A nomenclatura será retomada em momento oportuno, não mais nas digressões acerca da gênese dogmática das teorias do risco, mas já quando das suas atuais aplicações, uma vez que a imputação baseada no risco integral não é realidade de todo inaplicável nos dias atuais, havendo situações excepcionais de responsabilidade fundadas essencialmente na causalidade.

⁵⁵⁰ JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato...**, cit., p. 109.

⁵⁵¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 90. Nesta linha, sem prejuízo das críticas que lhe foram apostas e da existência, até os dias atuais, de algum reduzido espaço de aplicação, a proposta de uma nova visão acerca dos encargos do dano parece ser o seu grande mérito na medida em que propõe uma ruptura da máxima *casum sentit dominus*.

retrocesso, uma verdadeira reminiscência da origem da obrigação indenizatória fundada no delito (interdependência entre as esferas civil e criminal de responsabilidade). A proposta das teorias negativas, portanto, vem embasada no afastamento da relevância do elemento moral, das avaliações psicológicas sobre o íntimo do agente ou mesmo dos juízos acerca da previsibilidade ou da diligência médias, centrando o instituto da responsabilidade civil na vítima e no prejuízo por ela sofrido, de modo a relegar-se em definitivo ao direito penal a gestão de uma eventual resposta sancionatória ao lesante quando o mesmo fato também seja considerado crime⁵⁵².

Não obstante seja possível encontrar na doutrina referências a construções desta ordem já na Escola do Direito Natural⁵⁵³, parece mais correto situá-las enquanto tal (ao menos a partir de uma perspectiva mais bem desenvolvida) no curso do século XIX, em especial na sua segunda metade, quando adquirem e aparecem genuinamente enquanto propostas de um sistema autônomo de legitimação no campo da responsabilidade civil⁵⁵⁴.

E, neste particular, merecem especial referência as obras de Karl Binding, Otto von Gierke e Giacomo Venezian⁵⁵⁵ sobre o tema: aquele, a partir de um viés de

⁵⁵² LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, pp. 119-121. O autor ressalta que há uma mudança no fim a ser atingido, que passa a ser exterior e objetivo, pois galgado na reparação do dano, e não mais interior ou subjetivo, tal qual sucede na aplicação da pena. Sem prejuízo das críticas que se seguirão, esta mudança de epicentro não é de todo irrelevante à responsabilidade civil, ao menos a partir das suas atuais conformações.

⁵⁵³ Fala-se, a propósito, dos desenvolvimentos anteriores ao agravamento do risco propiciado pela industrialização, o que se situa temporalmente ainda no século XVIII, nomeadamente nas obras de Thomasius e Heineccius, em particular no que diz respeito à responsabilidade das pessoas privadas de discernimento que, por isso, não seriam suscetíveis de culpa, não obstante pudessem estar submedidas a uma obrigação indenizatória. Sobre o tema, inclusive com referência aos desdobramentos que este pensamento teria recebido nas legislações de matriz germânica, sem prejuízo do seu desvanecimento ao longo do século XIX a partir da forma como se dera a ampla expansão do direito romano na Alemanha, ver DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., pp. 51-52. Igualmente, SILVA, Wilson Melo. **Responsabilidade sem culpa**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974, pp. 22-23, inclusive no que diz respeito aos desenvolvimentos dos referidos autores em contraponto aos seus contemporâneos Pufendorff e Grocius, assinalando que, em verdade, a diferença entre os jusnaturalistas era muito mais formal do que substancial, porquanto todos estavam embasados na mesma principiologia segundo a qual o dano impunha ao seu causador a obrigação de indenizar, uma vez que oriundo do ilícito e da culpa.

⁵⁵⁴ SILVA, Wilson Melo. **Responsabilidade...**, cit., p. 23.

⁵⁵⁵ Para Venezian, a responsabilidade tem uma base objetiva e uma natureza impessoal, permitindo-se afirmar que o patrimônio do agente e não ele próprio é que se apresenta como sujeito de responsabilidade. O ilícito apresenta-se como um desequilíbrio na ordem jurídica que, como tal, exige

contraposição entre as responsabilidades civil e criminal, bastando o simples fato de se ter causado dano para haver reparação⁵⁵⁶, com as indagações de cunho subjetivo ou mesmo valorativo relegadas à imposição da sanção penal; estes, mesmo que com alguma diversidade entre si⁵⁵⁷, a partir de uma notória influência do positivismo jurídico e buscando libertar a responsabilidade civil do elemento psíquico, ao conceber a reparação como decorrência lógica do ilícito – não como prática do ato culposos, mas como realidade social objetiva apta a promover modificação na esfera de terceiro, independentemente da vontade do agente⁵⁵⁸ –, o que induziria reparação nas mais variadas hipóteses de prejuízos, inclusive naqueles oriundos de atos involuntários⁵⁵⁹.

Maiores destaques têm merecido, contudo, as proposições de Raymond Salleile, até mesmo diante da influência que a doutrina francesa exerceu na estruturação da imputação centrada no risco. Segundo o autor, que desenvolveu a sua teoria da responsabilidade extracontratual decorrente do próprio fato, o condicionamento da indenizabilidade dos danos à comprovação da culpa conduziria não apenas a uma injustificável retomada do sistema das penas privadas como, por isso mesmo, violaria preceitos basilares de equidade e de socialidade decorrentes da própria dignidade humana, a qual estabelece, em última instância, que cada um deve

uma sanção que, por vezes, pode ser representada apenas pela própria restauração do equilíbrio violado. O fundamento da reparação está na própria definição de ilícito, de modo que a vontade e a culpa – por conseguinte – não desempenham qualquer importância neste cenário. A justificação da imposição da culpa na responsabilidade civil estaria no desejo de seguir a tendência verificada pelos demais ramos do direito civil, dentre eles os direitos reais (noção de *animus*) e contratos, de atribuir à vontade especial relevo, fazendo-a, assim, de um modo reducionista, condição geral da obrigação de indenizar. Segundo o autor, a obrigação indenizatória surgiria quando o ilícito estivesse ligado, por um nexo causal objetivo, a um “fator considerável” da esfera jurídica de um terceiro, sendo a reparação integral ou parcial, conforme a contribuição (causal) de cada um para o evento. Sobre o tema, GOMES, Júlio. **Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva**. Revista de Direito e Economia, Coimbra, a. XIII, 1987, pp. 109-110. Ainda a respeito, com especial relevo acerca do ineditismo da tese desenvolvida por Venezian e, por isso, dos seus méritos, sem prejuízo do seu não florescimento para fins de solução efetiva de controvérsias envolvendo a imputação de danos, ver CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità Oggettiva**. II- Disciplina privatistica. Diritto comparato e straniero. In. AAVV. Enciclopedia Giuridica Treccani. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, v. XXX, p. 3.

⁵⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 52.

⁵⁵⁷ A origem comum do pensamento de ambos os autores, sem prejuízo das particularidades presentes em cada uma das proposições, vem reconhecida em COPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 31, nota 3.

⁵⁵⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 53.

⁵⁵⁹ Segundo TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 15, caracteriza a teoria a proposta de uma ampla reparação, mesmo quando o dano fosse decorrente de ações involuntárias, movimentos inconscientes, físicos, fisiológicos ou psíquicos.

assumir os riscos decorrentes das suas atividades voluntárias e livres, reparando, por isso, a integralidade dos prejuízos delas decorrentes⁵⁶⁰.

Dentre as diversas críticas que puderam ser opostas às teorias baseadas no risco materializado na pura causalidade, ao menos nas suas conformações mais amplas, três delas se destacam⁵⁶¹.

A primeira reside no próprio paradoxo que uma ampliação tão larga da reparação pode acarretar. Isso porque se justamente o incremento da complexidade social e do intercruzar de atividades promovido pela industrialização foi o que justificou a insuficiência da culpa, pelo expressivo número de danos que ficavam sem reparação, o mesmo fator poderia, diante da sua potencialidade para gerar um número infinito de prejuízos, tornar insustentável a vida de relação a partir de um critério de imputação baseado apenas na causalidade⁵⁶². Tratar-se-ia de consagrar um movimento pendular sem justificação no campo dos danos ressarcíveis, migrando-se de um oposto (excepcionalidade extrema da reparação) a outro (generalidade absoluta da reparação).

O segundo, no fato de que a mera causalidade não se constitui num critério preciso de determinação de responsabilidade, pois cada fato pode se coligar numa infinita cadeia causal, atingindo não apenas o real causador do dano, mas indivíduos outros que estariam fora de uma legítima esfera de imputação⁵⁶³. Assim é que mesmo em se delimitando a causa de modo a impor a obrigação indenizatória ao autor imediato do dano, a indeterminada amplitude da teoria comprometeria a razão de utilidade social que a justifica⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 58.

⁵⁶¹ Para um amplo panorama acerca das críticas a respeito, com objeções de relevante fundamento (e outras nem tanto), ver MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., pp. 89-91.

⁵⁶² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 53.

⁵⁶³ A esta crítica opõe-se Venezian, afirmando a necessidade de se identificar as causas que são prevalentes em relação às demais, sendo apenas aquelas fontes de responsabilidade. A respeito, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 15. Ocorre que, não obstante isso, a causalidade por si só já era pressuposto dos sistemas tradicionais de responsabilidade, carecendo, a legitimidade da obrigação de indenizar, de um filtro que faça as vezes de divisor entre os interesses que, numa dada situação de colisão, identifica aqueles que são merecedores de tutela.

⁵⁶⁴ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 16. Deve-se ter em vista, quando se fala em utilidade social justificante, que o ressarcimento do dano não restaura a situação objetiva anterior, pois a imputação não cancela a sua ocorrência, mas apenas transfere os encargos de suportá-la. Daí que toda e qualquer

O terceiro, no fato de que a transferência do dano de um patrimônio para outro, a fim de que tenha utilidade social, não pode ser ampla e irrestrita, devendo-se operar nas situações em que, efetivamente, isso se justifique. Tanto que mesmo diante de um sistema centrado na culpa como regra geral, haverá situações nas quais um dano originado a partir de uma ação ou de uma omissão lícitas e não culpáveis criará obrigação de indenizar, desde que tal se legitime a partir da valoração de interesses outros coenvoltos, sob pena desta transferência revestir-se de um caráter nocivo⁵⁶⁵.

O certo é que a partir do exame das proposições de ordem negativa – cuja referência ao risco é apenas indireta – e das críticas que lhe foram opostas, mostra-se forçoso concluir no sentido da ausência de um fator de justificação que tome o espaço deixado em decorrência da supressão da culpa enquanto fundamento de imputação, sendo certo que a mera causalidade desacompanhada de um elemento normativo de legitimação não basta a ensejar a obrigação de indenizar danos.

Isso não significa dizer que as suas ponderações são absolutamente infundadas ou inservíveis à estruturação da responsabilidade objetiva enquanto categoria jurídica. Tanto que vários dos pilares por elas invocados – dentre eles e com especial relevo a necessidade de atenção especial ao dano e à vítima em detrimento de uma demasiada preocupação com a conduta, tudo em nome de preceitos de justiça distributiva – são invocados mesmo nas hodiernas construções acerca do instituto.

O que parece lhe faltar, e nisso há certo consenso na doutrina que lhe seguiu, é justamente um elemento de legitimação que, somada à causalidade, pudesse

transferência acerca dos encargos do prejuízo implica uma legítima justificação, quanto mais porque, não raro, a ocorrência de danos é inerente a uma sociedade complexa, devendo haver preceitos valorativos que legitimem uma imposição de suportar encargos para além da mera causalidade. Nesta mesma linha, como observa DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 53, que o vendedor com os melhores produtos ou as condições mais facilitadas de crédito prejudica os seus concorrentes, assim como o fazem o estudante que obtém um prêmio em relação aos demais colegas ou o empresário que proíbe o fumo no seu estabelecimento em relação ao produtor de tabaco; e nem por isso haverá, nestas situações, obrigação de reparar estes danos, não obstante haja causalidade, exatamente porque não há justificativa legítima para tanto nestes casos. Daí a impossibilidade/inconveniência de se reduzir a responsabilidade objetiva a uma mera relação de causalidade, sob pena de comprometimento da equidade (fundamento este ainda pendente de um exame mais acurado) em que ela própria pretende se justificar.

⁵⁶⁵ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 17.

fazer uma seleção dos danos que, em determinado momento, têm a sua transferência ao lesante justificada pelas regras da responsabilidade civil.

1.1.2 As teorias construtivas

Na tentativa de estruturar um elemento normativo que, aliado à causalidade fática, pudesse tomar o lugar deixado pela culpa na seleção dos interesses merecedores de tutela por meio da reparação do dano é que foram concebidas as teorias aqui ditas construtivas ou positivas⁵⁶⁶.

As teorizações a respeito são múltiplas, o que, tal qual sucede em relação às teorias negativas, compromete a viabilidade de uma exaustiva sistematização⁵⁶⁷. O certo é que foram expressivos os seus reflexos – umas mais do que outras, por evidente – nos hodiernos fundamentos da responsabilidade objetiva baseada no risco e, por consequência, na sua inegável fragmentariedade, como já se teve oportunidade de referir.

Na construção deste panorama, a primeira delas a merecer indicação veio denominada teoria dos atos anormais. Seu ponto de partida está nos pressupostos teóricos idealizados por Durkheim – segundo os quais, em cada sociedade e tendo em conta o seu estágio de desenvolvimento, existem fatos que são considerados normais, pois compatíveis com o seu termo médio e o seu período respectivo de evolução; a partir desta premissa é que se estruturariam, em contraposição ao dito preceito geral de normalidade, os atos considerados anormais e, por isso, merecedores da atenção

⁵⁶⁶ A presente nomenclatura, em paralelo com a denominação utilizada no item precedente, não é encontrada com esta exata textualidade na doutrina. Segue, contudo, a linha de exposição preconizada por MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 92, em especial diante das suas preocupações em, contrapondo as teorias negativas, propor a construção de um critério novo capaz não só de “demoler el antiguo edificio, que estiman caduco”, mas principalmente de estruturar “la forma que debe darse a la nueva construcción que haya de reemplazarlo”.

⁵⁶⁷ A propósito, cumpre destacar que a maioria dos tratadistas que se ocupou do tema não teve a pretensão de traçar uma abordagem exaustiva acerca de todas as construções existentes – pretensão com a qual se comunga –, destacando, cada um, nos mais variados sistemas, aquelas que lhe pareceram mais oportunas à apresentação de um panorama amplo sobre a sua evolução. Tal é o que se constata, por exemplo, em MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., pp. 94-100; TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 23 e ss.; GOMES, Júlio. **Responsabilidade subjectiva...**, cit., pp. 113-120; dentre outros.

do direito por intermédio da responsabilidade civil justamente pelo fato de produzirem danos a terceiros e decorrerem de um comportamento desconforme por parte do seu autor⁵⁶⁸.

O seu preceito geral estabelece que o titular de um direito, pelo fato de tirar proveito do seu exercício, deve suportar os riscos a ele inerentes. Contudo, a responsabilidade somente se justificaria quando este exercício estivesse em desconformidade com as condições normais de tempo e espaço estabelecidas para este direito, residindo o fundamento do dever de reparação, portanto, não no seu puro exercício e no risco que dele decorre, mas da anormalidade com que isso venha a ser feito⁵⁶⁹.

A teoria, a par de um aparente fascínio inicial, restou por ser abandonada⁵⁷⁰, por certo em razão de alguma influência das críticas recebidas no sentido de que a perquirição acerca da normalidade ou da anormalidade do ato nada mais seria do que a verificação da culpa do agente por meio do cometimento de uma imprudência no exercício do direito em questão. Até mesmo porque a variação de normalidade proposta em razão da mutação do nível de evolução social – o que agregaria um preceito de atualização constante da teoria – não seria realidade estranha à noção de culpa, não constituindo, por isso mesmo, avanço considerável em relação ao fundamento tradicional de imputação⁵⁷¹.

Não parece que a crítica predisposta seja, em verdade, o grande ponto de fragilidade a induzir na insuficiência da construção no mais amplo número de situações possível, presumindo-se que tenha implicado em alguma influência no seu abandono

⁵⁶⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 92.

⁵⁶⁹ Sobre o tema, MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 92. Segundo o autor, o maior expoente desta construção foi Georges Ripert que, ao estruturar a responsabilidade entre vizinhos (*De l'exercice du droit de propriété dans ses rapport avec les propriétés voisines*), desenvolveu-a e objetivou expandi-la para as demais situações de responsabilidade objetiva, partindo do pressuposto de que o proprietário seria obrigado a reparar os vizinhos independentemente de culpa quando o exercício do seu direito de propriedade fosse *anormal*. Ainda no campo da anormalidade como fonte de legitimação da responsabilidade objetiva, ver as variações outras referidas por TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 23

⁵⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 67. A respeito, observa o autor que Ripert, após a estruturação da teoria sob exame, acabou por abandonar o campo do risco, retomando as concepções tradicionais de responsabilidade civil baseadas na culpa.

⁵⁷¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 92.

apenas pelo fato de ter o próprio autor regressado à teoria da culpa. Na verdade, o seu maior equívoco aparenta estar centrado na confusão conceitual do fundamento da responsabilidade civil pelo risco com a figura do abuso de direito – enquanto exercício anormal de um direito –, o que reconduziria a tese a uma proposição já existente, retirando-lhe, portanto, o elemento de ineditismo ou novidade na solução do problema da imputação de danos sem culpa.

Na sequência de uma linha de evolução, merecem destaque uma série de construções dogmáticas que, a par de alguma variação, aludem diretamente ao risco para justificar a responsabilidade pela reparação de danos, todas elas com um marco de identidade comum: a legitimidade da imputação a partir do proveito que determinado agente retira de uma atividade, a qual traz ínsito em si o risco de causar danos a terceiros.

Nesta linha, a estruturação do risco gerador de responsabilidade tem a sua origem no desenvolvimento do conteúdo do preceito latino *ubi commodum, ibi incommodum*⁵⁷², tendente, com isso, a atribuir aquele que desenvolve uma atividade que lhe atribua benefícios o ônus de suportar os seus inconvenientes, no caso, a maior potencialidade de gerar danos não satisfatoriamente geridos pelo princípio da culpa⁵⁷³.

Estão subjacentes nestas construções as premissas de que a delimitação da imputação de danos em um dado âmbito de responsabilidade estaria associada justamente às ideias, ao menos em tese, de dominação ou de controle do perigo e de particularidade de um risco determinado que sobre ela recaia⁵⁷⁴.

⁵⁷² É também igualmente usual a referência às expressões *Ubi emolumentum, ibi onus*, cf. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 93, e *cuius commodum eius incommodum*, cf., dentre outros, SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità Civile**. In: AAVV. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1957, p. 636; TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 23; e COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 25. A origem das expressões está num fragmento de Paulus, o qual estabelece que *Secundum naturam est commodum cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda* (*Digesto* 50, 17, 10); sobre o tema, PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 232, nota 740.

⁵⁷³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 51, fala justamente da necessidade de se resolver, em termos científicos, casos que, ao menos se partindo de um rigor técnico de avaliação, estariam à margem da reparação a partir do tradicional critério da culpa. A estruturação do risco enquanto fundamento era, naquele cenário, a única alternativa, sob pena de se cair em um inaceitável artificialismo construído a partir do desvirtuamento da essência dos conceitos até então sedimentados.

⁵⁷⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, t. II, p. 666.

Note-se estar bem evidenciado que, contrariamente às teorias negativas, não se esta a propor a absoluta irrelevância da culpa, mas tão somente a possibilidade de que, quando verificada a criação de um risco pelo agir de alguém em paralelo à produção de um dano que decorra deste agir, possa haver imputação independentemente da culpa, pois quem cria este risco deve suportar as suas consequências⁵⁷⁵.

O primeiro elemento que se deve delimitar para este fim é o conceito de proveito, o qual, de início, tenderia a ser concebido de modo amplo, ou seja, enquanto um interesse qualquer na realização de uma dada atividade. O inconveniente desta amplitude é o fato de, ao passo em que abrange um maior número de situações, muito aproximar a teoria da mera causalidade consubstanciada no risco integral, pois toda e qualquer atividade tem a sua prática motivada por alguma espécie de interesse, seja ele material ou moral⁵⁷⁶.

Daí que se passa a preferir a delimitação de proveito enquanto vantagem econômica, justificando a imputação objetiva nas situações em que um determinado agente empreendedor⁵⁷⁷ cria riscos para terceiros por meio de uma atividade que lhe é fonte de riqueza⁵⁷⁸. Nesta linha, na medida em que desenvolve uma atividade complexa e organizada, a multiplicidade de fatores que se agregam neste objetivo traz em si ínsita uma agravada possibilidade de causar danos a outrem mesmo sem qualquer culpa, de modo que o empreendedor deverá suportar o dever de repará-los em razão dos benefícios que retira desta atividade, bem como da possibilidade de estimar os custos que deve suportar a partir dos riscos que assume⁵⁷⁹.

A grande desvantagem da diminuição da amplitude do conceito de proveito está no fato de que a teoria do risco a partir dele estruturada resta consideravelmente restrita no seu campo de aplicação, resolvendo de modo

⁵⁷⁵ JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Trad. Raul Lima. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 38, fasc. 456, jun. 1941, p. 56.

⁵⁷⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 93.

⁵⁷⁷ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 25.

⁵⁷⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 94.

⁵⁷⁹ JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato...**, cit., pp. 109-110.

apropriado situações específicas, mas deixando ao largo inúmeras outras em que a culpa também de mostra insuficiente como critério de imputação⁵⁸⁰.

Na sequência do aprofundamento das gêneses do reconhecimento doutrinário do risco enquanto fundamento da imputação, merece destaque iniciativa que, para este fim, tendeu a desassociá-lo apenas da efetiva verificação de um proveito para conectá-lo à ideia de perigo enquanto probabilidade de ocorrência de danos.

Para tanto, passa-se a antever que toda ação encerra certo perigo, fazendo com que qualquer ponderação a seu respeito tenha de considerar a sua função e o meio em que se insere e a exigir, por isso, uma avaliação no caso concreto, sem prejuízo de, em linhas gerais, haver perigos proibidos e perigos permitidos. Estes últimos estariam inseridos no círculo da imputação pelo risco propriamente dito, pois a ação é permitida em razão da possibilidade, em tese, de se conterem os danos dentro de um limite socialmente aceito em razão da utilidade da atividade, mas suficiente a impor um dever de reparar independentemente de qualquer prova de culpa a respeito⁵⁸¹.

Antes de terminar, cumpre fazer registro sobre uma última proposição que, pelas suas feições, seria melhor dita eclética. Isso porque estruturada a partir de um sistema de responsabilidade unitário, mas móvel, o qual decorreria da combinação qualitativa e quantitativa de uma série de fatores⁵⁸², dentre eles a intensidade do risco da atividade, a natureza das circunstâncias que contribuíram à ocorrência do dano, a manifestação de um comportamento ao menos anormal na esfera do lesante (com a

⁵⁸⁰ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., p. 94. Segundo os autores, a justificativa para tanto está o fato de que, em verdade, a teoria do risco-proveito foi pensada para resolver a problemática dos acidentes de trabalho, apresentando-se insuficiente a situações outras que também se submeteriam à imputação objetiva. Daí a crítica de que a sua construção é parcial e, portanto, não basta a solucionar a controvérsia relativa ao fundamento da responsabilidade objetiva como um todo.

⁵⁸¹ Segundo esta visão de responsabilidade, ambos os nexos de imputação – culpa e risco – demonstram-se enquanto graduação de um mesmo princípio de responsabilidade, o qual estaria baseado na possibilidade da ocorrência de danos e na sua valoração para o fim de proibição (imputação por culpa) ou permissão (imputação por risco) de determinada conduta e na sua criação de um dever de indenizar. Com uma abordagem mais completa sobre a presente proposição, especialmente a partir das construções apresentadas por Werner Rother, ver GOMES, Júlio. **Responsabilidade subjectiva...**, pp. 117-120.

⁵⁸² COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 31, nota 3.

possibilidade de que, nessa linha, seja também culposos) e a situação econômica dos envolvidos, a implicar na demarcação causal não apenas da existência, mas também da medida da responsabilidade⁵⁸³.

Sem prejuízo da vantagem de propor um sistema unitário de legitimação da responsabilidade, a demasiada abertura da construção a uma série lata de fatores e o seu casuísmo manifestado por meio do poder conferido à valoração judicial em cada situação concreta da existência ou não de um dever de reparar contribuiu à dificuldade da sua aplicação prática⁵⁸⁴. A referência ao risco verificada na sua estruturação, contudo, justifica a menção, mesmo que apenas com o fim de demonstrar a pluralidade de construções que foram desenvolvidas enquanto antecedentes da solidificação das bases atuais da responsabilidade fundada no risco propriamente dito⁵⁸⁵.

No cenário apresentado, as teorias fundadas na noção de risco enquanto perigo em paralelo às construções centradas na relação entre risco e proveito tiveram, como se verá, o maior potencial de florescimento na justificação da responsabilidade civil hodierna, não apenas na sua aplicação jurisprudencial, mas também na regulamentação legislativa de áreas de interesse em que a culpa não se apresentava capaz de dar solução adequada.

Nelas, ao contrário daquelas ditas negativas ou mesmo de algumas ditas propositivas e cuja alusão verificou-se um tanto evanescente, a referência ao risco é real e concreta, com o estabelecimento da construção de um critério de imputação alternativo inegavelmente alicerçado na maior potencialidade de produção de danos, que vem associada a um perigo, a um proveito ou a uma utilidade mais ou menos considerados para este fim.

⁵⁸³ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 24.

⁵⁸⁴ Com ponderações críticas a respeito da teoria proposta por Walter Wilburg, seja no que tange à sua elasticidade exacerbada, seja em relação a alguns dos fatores apontados como dignos de ponderação ao estabelecimento da responsabilidade e da sua medida, ver TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 25-27.

⁵⁸⁵ Vale a ressalva de que a observação diz respeito à evolução das teorias genuinamente baseadas no risco pelo fato de, especialmente em Portugal, ser usual a referência à designação *responsabilidade pelo risco* como sinônimo de *responsabilidade objetiva*, o que nem sempre é absoluto.

Daí a pertinência de se verificarem os seus desdobramentos e a sua compatibilidade concreta para servir de fundamento à imputação em um largo espectro de situações.

1.2 *Os principais desenvolvimentos contemporâneos da teoria do risco*

A par das inúmeras construções estruturadas e das diversas tentativas desenvolvidas pela doutrina com o intuito de conformar juridicamente as mudanças socioeconômicas verificadas no campo da responsabilidade civil, é possível constatar não só um maior desenvolvimento, mas especialmente um maior acolhimento de algumas delas na justificação da imposição de um dever de reparação para além da culpa.

Neste cenário é que, a partir de uma noção ampla da gênese dogmática do risco enquanto fundamento da obrigação indenizatória, oportuno o exame dos desenvolvimentos contemporâneos sofridos pelas teorias que nele se baseiam⁵⁸⁶, tudo para o posterior fim de se verificar não apenas a sua utilidade concreta por meio do acolhimento legislativo e jurisprudencial, como também – e de modo especial – a sua suficiência para justificar a imputação de danos.

1.2.1 *O Risco profissional*

No desdobramento lógico das linhas de pensamento sistematizadas no item precedente, mas já num cenário atual de aplicação do direito a partir de um refinamento das diversas teorias desenvolvidas, cumpre fazer menção ao risco

⁵⁸⁶ Fica aqui a ressalva de que, consoante reconhecido pela doutrina no que tange a um panorama sobre o tema, tal qual se passa relativamente à gênese dos seus desenvolvimentos, em especial tendo em vista as diversas enunciações e as variadas opiniões acerca dos seus contornos atuais, fica mesmo comprometida qualquer pretensão de enumerá-las ou classificá-las de modo exaustivo. Comungando desta mesma observação, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 167.

profissional⁵⁸⁷ como uma das primeiras e mais profícuas dentre aquelas que serviram a justificar, na prática, uma série de situações de responsabilidade sem culpa⁵⁸⁸.

Dita construção parte da premissa de que o empreendedor, ao organizar a sua atividade produtiva, agrupa no seu entorno uma série de outras atividades coligadas (trabalho humano e operação de maquinário, por exemplo) que, nesta condição, fundem-se no sentido de viabilizar o seu exercício profissional. Neste contexto, ao criar um nítido organismo coeso voltado ao desenvolvimento do seu negócio, o que não transcorre isento de atribulações, incrementa o potencial danoso mesmo sem a sua concorrência culposa, o que legitima a imposição de um dever de indenizar. Dita construção teórica guarda em si, por isso, uma ideia corretiva segundo a qual se o dono do estabelecimento se vale da sorte, a lei coloca ao seu encargo o azar materializado na responsabilidade pelos riscos da indústria e da profissão⁵⁸⁹.

Em palavras mais precisas, trata-se de, realizando uma ponderação entre o sacrifício imposto ao empreendedor, ao lhe atribuir o dever de reparar sem a efetiva concorrência culposa, e o sacrifício imposto à vítima, no caso de permanecer sem reparação, encontrar-se um ponto de equilíbrio a partir da equidade, o qual vem justificado no exercício da atividade empreendedora com a qual o dano guarda peculiar relação^{590 591}.

⁵⁸⁷ Em verdade, as referências à teoria em questão podem ser feitas por meio de designações variadas, sendo usual encontrar-se, além de risco profissional, risco de empresa e risco-lucro; assim, ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**. In: RESCIGNO, Pietro (dir). Trattato di Diritto Privato. Torino: UTET, 1982, t. 6 (obbligazioni e contratti), v. 14, p. 308, nota 43.

⁵⁸⁸ No sentir de ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 301, o risco profissional ou de empresa é a hipótese mais recorrente de responsabilidade objetiva, não obstante não seja a única. Não há dúvidas quanto à sua recorrência; guarda-se alguma reserva, contudo, quanto à certeza a respeito da sua absoluta preponderância.

⁵⁸⁹ JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato...**, cit., p. 109.

⁵⁹⁰ FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità oggettiva**. I- Disciplina privatistica. In. AAVV. Enciclopedia Giuridica Treccani. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, v. XXX, p. 1.

⁵⁹¹ Os contornos e os limites da referência à equidade para fins de justificação da teoria do risco profissional vêm tratados em ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**. 3ed. Milano: Giuffrè, 2001, pp. 519-520. Segundo os autores, não se trata de uma simples transferência do dano dos mais pobres aos mais ricos, a consagrar o que denominam *principio do bom Samaritano* – construção que, se posta desta forma, careceria de consistência jurídica; em tom de crítica, referem que o constante reenvio à equidade pode ser sintomático da falta de argumentos mais consistentes, a evidenciar uma falta de amadurecimento de critérios objetivos a contraporem aqueles tradicionais. Sem prejuízo da crítica, a menção à equidade é bastante frequente nos desenvolvimentos da teoria em causa, especialmente dentre os seus precursores ou na doutrina mais antiga a respeito. Por isso mesmo a temática da equidade voltará a ser melhor abordada para fins de legitimação da responsabilidade

Note-se que o fato do qual decorre a responsabilidade pelo risco profissional deixa de pressupor um juízo de contrariedade ou mesmo de desvalor contra si, seja pelo fato de que a atividade não é vedada pelo direito, seja porque não apenas a sua consecução é útil socialmente como também certa margem de produção de danos é decorrência lógica do seu desenvolvimento dentro de uma genuína direção lícita da atividade humana⁵⁹².

A imputação baseada no risco profissional vem embasada na ideia de controle das condições de risco que uma determinada atividade organizada comporta para o fim de traduzi-lo em custos da empresa⁵⁹³, tudo no intento de induzir no agente a adoção de medidas adequadas a evitar o dano diante do conhecimento de que, em se verificando a sua ocorrência, será chamado a ressarcir-lo independentemente de culpa⁵⁹⁴. Fala-se, por isso, em uma função social indireta de impor o dever de indenizar sobre quem controla as condições do risco com o intento de obter a redução da sua ocorrência⁵⁹⁵.

Note-se que a aceitação do risco profissional como fonte de responsabilidade busca justamente induzir no empreendedor esforços no sentido de reduzir estes mesmos riscos, a implicar, como referido, numa redução proporcional da

objetiva. Em igual sentido, inclusive com idêntica referência à figura do “buon samaritano involuntario”, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 29-30.

⁵⁹² JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato...**, cit., pp. 109-110. Igualmente, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 35.

⁵⁹³ Neste sentido, cf. ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 303, o risco enquanto custo da atividade que se traduz numa probabilidade passível, ao menos em tese, de ser calculada, implica um infortúnio que vem considerado enquanto um dos fatores do lucro, de modo a promover uma conexão estreita entre ambos os conceitos (de risco e de lucro).

⁵⁹⁴ Neste cenário é que TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 34, chama a atenção para o fato de que, nestas situações, a responsabilidade civil objetiva baseada no risco da empresa desenvolve uma autêntica função econômica, a qual se conecta com a teoria da distribuição dos custos e dos lucros enquanto condição determinante da escolha da produção, com vista à promoção de um valor social. Comungando, de certo modo, da mesma concepção, SERRA, Adriano Vaz. **Fundamento da responsabilidade civil** (em especial, responsabilidade por acidentes de viação, terrestre e por intervenções lícitas). Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 90, nov. 1959, p. 23, especialmente quando afirma que o fim último da imputação nestas situações é a “segurança da ordem da vida” por meio da possibilidade de o agente vir a ser chamado a indenizar independentemente de culpa, de modo que o lesante deva considerar os denominados “danos da atividade” como gastos dela decorrentes, suspendendo-a se não estiverem cobertos pelo lucro que dela auferir ou melhor organizando-a no sentido de diminuir a sua probabilidade de ocorrência.

⁵⁹⁵ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 50. No mesmo sentido, assinalando a necessidade de que o risco profissional deve entrar nos custos gerais de uma empresa, fundando-se a responsabilidade, por isso, em uma base mais larga que se materializa no próprio fato da empresa decorrente do jogo da atividade humana, JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato...**, cit., p. 110.

ocorrência de danos⁵⁹⁶. Tal sucede porque a previsão de uma regra de imputação objetiva pode levá-lo a adotar maiores medidas de segurança se o seu custo é menor que o custo do risco que vai eliminado, empreendendo, assim, não apenas esforços econômicos, mas também de ordens outras voltados ao aperfeiçoamento dos métodos e das técnicas empregadas⁵⁹⁷.

E, de igual sorte, seguindo a linha de raciocínio preconizada pela teoria em causa, é o empreendedor quem detém as melhores condições de promover a previa asseguração dos riscos normais da sua ação organizada, por meio da contratação de seguros nos casos em que entenda inconveniente fazer com que a própria atividade suporte-os com a absorção direta dos custos da reparação e através da diminuição dos lucros ou da majoração dos preços. Isso porque conhece o desenvolvimento normal da atividade, podendo valorar previamente custos e benefícios a respeito de cada um dos riscos envolvidos⁵⁹⁸.

Considerando a associação da teoria a um agir contínuo, produtivo e organizado, parte da premissa de que as hipóteses de responsabilidade por culpa

⁵⁹⁶ Neste ponto, cumpre referir a diferenciação proposta por TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 49, no que tange ao alcance das medidas esperadas do empreendedor a partir da teoria adotada para fins de regular a sua responsabilidade sem culpa. À vista de uma teoria por risco evitável, o sujeito será responsável ao passo em que deixa de adotar as medidas disponíveis, consoante a técnica existe; daí, por vezes, a sua aproximação ou mesmo a sua confusão com a teoria da culpa quando da leitura da exigente de responsabilidade enquanto inobservância do grau de diligência adequado à situação, tal qual, por vezes, pode ser sugerido a partir de uma interpretação pouco recomendável do artigo 2.050 do Código Civil italiano. Já na imputação a partir de uma teoria por risco profissional, o critério é estritamente objetivo, conquanto o agente está obrigado não apenas a evitar os danos a partir da técnica disponível, mas também comprometido com aquelas decorrentes do progresso obtido por intermédio de novos métodos e novas medidas de segurança, sempre respeitando os riscos típicos da atividade.

⁵⁹⁷ TRIMARCHI, Pietro. **Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva**. In: BUONOCORE, Vincenzo; MAJELLO, Ugo. *Fondamento e funzione della responsabilità civile*. Napoli: Cooperativa Editrice Economica e Commercio, 1975, pp. 31-32.

⁵⁹⁸ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 31-33. Neste aspecto, o autor faz uma expressa referência à socialização do risco por intermédio da distribuição dos custos na atividade, seja pela majoração de preços, seja pela contratação de seguros, com a expressa advertência de que a existência destes não implica em uma superação absoluta da responsabilidade civil objetiva decorrente do risco profissional – o que não se cogita sequer nos países em que os sistemas *no fault* são difundidos –, pois suas funções (da responsabilidade civil) vão muito além da mera distribuição de danos. A temática relacionada à asseguração apresenta-se sempre complexa no seu cotejo com a responsabilidade civil, a demandar uma abordagem mais aprofundada, no curso da presente investigação, em momento oportuno. Tanto a temática é complexa que o mesmo autor, em momento seguinte, pp. 38-39, volta a enfrentá-la, sempre como um remédio alternativo e complementar, especialmente tendo em conta a existência de riscos atípicos e imprevisíveis.

continuariam a ter lugar nas situações decorrentes de atividades biológicas da pessoa enquanto atividades comuns e necessárias⁵⁹⁹, ao passo em que aquelas decorrentes de atividades econômicas submeter-se-iam a um regime de imputação objetivo fundado no risco profissional que, assim, não é deixado ao encargo do lesado, mas transferido ao sujeito com quem guarda uma determinada e peculiar relação⁶⁰⁰.

O risco vem, assim, traduzido como categoria englobante de tudo que está relacionado aos custos de uma determinada atividade, devendo suportá-lo aquele que desempenha uma determinada atuação econômica, em genuína materialização da regra sintetizada no preceito *cuius commoda eius et incommoda*⁶⁰¹. Seu fim último, na linha de desdobramento das ponderações que o justificam, é a redução do risco por meio da imposição de um dever de reparar fundado exatamente no risco profissional⁶⁰².

⁵⁹⁹ A este respeito, refere TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 43-44, que as atividades por assim dizer biológicas, por serem necessárias e não econômicas, apenas em situações concretas e isoladas – incompatíveis, portanto, com uma regra geral e fixa – poder-se-iam submeter a um regime diverso da culpa, o qual se apresenta como suficiente enquanto fundamento e critério de imputação. A justificativa invocada para tanto é a pequena margem de risco permitido para atividades desta ordem, a impossibilidade de realização de um juízo custo-benefício decorrente da sua natureza necessária ao agente, com a consequente internalização de custos e prevenção de danos, bem como a bilateralidade do risco residual inculpável, que se projeta tanto ao pretense lesante quanto ao pretense lesado, a legitimar a imposição a este do encargo de suportar eventuais danos sofridos que, por esta razão, não poderiam ser ditos injustos. Com opinião parcialmente semelhante (mais estreita), afirmando não ser correto falar de responsabilidade pelo risco quando se busque justificar a responsabilidade objetiva de indivíduos não empreendedores (o que parece induzir a aceitação desta possibilidade, mas com fundamento diverso do risco, dando a entender que a culpa poderá não ser sempre adequada a todos os casos desta natureza), ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 305.

⁶⁰⁰ TROISI, Claudia. **La responsabilità oggettiva**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità Extracontrattuale*. Torino: CEDAM, 2012, v. 2, p. 571.

⁶⁰¹ TROISI, Claudia. **La responsabilità oggettiva**, cit., p. 572. Seguindo esta linha e relativamente a quem deva suportar a responsabilidade, refere TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 50-52, ser aquele que, em última instância, controla as condições gerais do risco; para o caso de concorrência de agentes nesta condição, seja por pluralidade subjetiva, seja pluralidade de atividades arriscadas em paralelo, menciona a viabilidade de se impor a responsabilidade a todo aquele que tenha concorrido para o dano, em proporção da entidade do risco da sua atividade. Para uma severa crítica à invocação da máxima *ubi emolumentum ibi onus* ou *cuius comoda eius incomoda*, tida como vaga, indeterminada e incerta e, por isso, inservível a constituir-se em critério jurídico de imputação das várias espécies de responsabilidade sem culpa, ver COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 153-156. O aludido preceito, segundo o autor, não guardava na sua origem romana qualquer relação com a imputação de danos, pelo que, na sua invocação atual, apresenta-se mais como uma inspiração equitativa presente em diversas partes do direito, inclusive no princípio geral da imputação por culpa, do que como um verdadeiro princípio possuidor em si mesmo de elementos diferenciadores a constituírem uma segura referência dogmática.

⁶⁰² TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 39.

Vem aqui posta como a primeira das teorias de aplicação atual digna de relevo. Isso porque, como se verifica a partir do exame do seu conteúdo dogmático, relaciona-se justamente com o embrião do pensamento que restou por justificar hipóteses de imputação objetiva de especial modo conectada com as situações que por primeiro chamaram a atenção para a insuficiência do critério da culpa para gerir a totalidade dos danos produzidos em uma sociedade não apenas industrializada, mas massificada⁶⁰³.

A dificuldade se coloca na demarcação do âmbito dos riscos que justificarão situações de responsabilidade objetiva: se somente aqueles previsíveis e evitáveis, relativamente aos quais será possível antever a indução de comportamentos preventivos em decorrência de uma possibilidade (enquanto ameaça) de suportar a reparação, de acidentes, ou se também aqueles extraordinários. A construção teórica nos moldes em que estabelecida, exatamente porque se funda em um juízo de valor entre custos e benefícios a subsidiarem a escolha pelo desenvolvimento da atividade, previa apenas a possibilidade de se imputarem objetivamente os danos decorrentes dos riscos profissionais típicos e previsíveis, porquanto não seria razoável intuir que o empreendedor tenha considerado outros além destes quando da organização da atividade⁶⁰⁴.

Esta é uma das primeiras críticas dentre aquelas que podem ser formuladas à teoria⁶⁰⁵, porquanto num juízo valorativo e equânime entre lesante e lesado, independentemente da natureza atípica ou imprevisível dos danos verificados, é certo que mesmo que não os tenha podido prever ou adotar providência a evitá-lo, não há como se deixar de considerar, como último recurso, uma maior vinculação

⁶⁰³ CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 2. Neste sentido, não é demais lembrar que os primeiros desenvolvimentos a respeito são atribuídos a Saleilles, relativamente à construção por ele apresentada para justificar a reinterpretação de dispositivos do *Code* para o fim de dispensar a exigência da culpa em matéria de acidentes do trabalho, situação que, concretamente, vinha associada ao desenvolvimento de uma atividade profissional. Para maiores desenvolvimentos sobre a estruturação proposta por Saleilles, inclusive com desdobramentos posteriores acerca de outras áreas da responsabilidade por risco da empresa, ver ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 308, nota 43.

⁶⁰⁴ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 38-39 e 46-47. No mesmo sentido, FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 3; e ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 306.

⁶⁰⁵ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 317.

entre a sua ocorrência e o exercício da atividade que lhe dá causa que, por certo, está mais próxima e conectada ao lesante do que ao lesado⁶⁰⁶.

Outro fator a ser observado diz respeito às situações de exclusão da responsabilidade. Sem prejuízo dos riscos atípicos já tratados e do caso fortuito, que estariam fora do alcance de cobertura da responsabilidade objetiva decorrente do desenvolvimento de atividade profissional, é corrente assinalar que – e sempre consoante os defensores da teoria em comento – a concorrência culposa e a assunção de riscos pela vítima seriam situações que, de algum modo, poderiam interferir na demarcação do alcance da imputação: aquela não como própria excludente, mas como mitigadora do dever de indenizar em proporção à sua intensidade quando comparada ao risco normal da atividade⁶⁰⁷; esta como situação capaz de afastar por completo o dever de indenizar na medida em que não pressupõe a violação de uma norma de diligência, equivalendo-se por assim dizer com o risco assumido pelo empreendedor⁶⁰⁸.

Sem prejuízo dos seus méritos, é notório concluir no sentido da inadequação da teoria em causa para justificar situações estranhas a uma atividade empresarial⁶⁰⁹. Resta caracterizada, por isso, considerando ser deveras restritiva, a sua inutilidade a uma possível reconstrução dogmática da responsabilidade objetiva

⁶⁰⁶ Em igual sentido, sob o argumento de que o dado normativo não justifica a limitação do ressarcimento às hipóteses em que o prejuízo seja uma decorrência apenas do risco típico da empresa, o que enseja uma reparação à vítima a partir do mero pressuposto da recorrência dos elementos expressamente previstos nas *fattispecie* de cada sistema, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**. 2ed. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 149-150.

⁶⁰⁷ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 52. Segundo o autor, mesmo nestas situações, tendo em vista a previsibilidade ao empreendedor de uma possível concorrência culposa nas situações em que se atribui ao público o encargo relativo a certo grau de diligência, seria uma sanção demasiado pesada à vítima faltosa a perda integral da indenização pelos danos sofridos.

⁶⁰⁸ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 53-54. Cita-se como exemplo o transporte de cortesia; nestes casos, a assunção deliberada do risco pelo passageiro importaria o afastamento da responsabilidade objetiva fundada no risco profissional daquele que o conduz. Não há consenso a respeito, contudo, havendo quem sustente que, mesmo nestas situações, configurar-se-ia a responsabilidade objetiva do empreendedor. Sobre o tema, com um amplo apanhado sobre as várias implicações envolvendo o transporte de cortesia, inclusive em perspectiva comparada, seja a respeito do seu enquadramento (contratual ou extracontratual), seja acerca do seu regime (objetivo ou subjetivo), ver DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, cit., pp. 152-170.

⁶⁰⁹ Nesta linha, refere-se, inclusive, ser injustificável a limitação das regras de responsabilidade objetiva ao fenômeno da empresa sem que isso se constitua em arbitrária restrição ao alcance das normas assim predispostas, que não promovem em si mesmas esta limitação. Neste sentido, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 160-161.

enquanto categoria jurídica unitária a partir de um pretenso critério uniforme de legitimação⁶¹⁰. Quanto mais diante da impossibilidade de levá-la ao extremo de afirmar que toda e qualquer atividade empresarial submeter-se-ia a regras de imputação objetiva, quanto mais porque muitas delas se baseiam propriamente no princípio da culpa⁶¹¹, o que também sucede com muitas das atividades assim ditas biológicas⁶¹², que demandam um regime geral de imputação sem culpa⁶¹³.

1.2.2 O Risco criado

O âmbito restrito de aplicação da teoria do risco profissional às situações envolvendo a exploração de atividades econômicas organizadas, sem prejuízo de se mostrar aparentemente adequada a justificar uma importante gama de situações conectadas de modo direto aos processos de industrialização e de massificação das relações sociais, foi um dos principais motivadores a, já no seu nascedouro, na linha das críticas que lhe foram apresentadas, propor-se a sua ampliação.

⁶¹⁰ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 316. Ainda conforme CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 8, nos casos em que a situações de responsabilidade objetiva não guardam relação com uma atividade empresarial, faltaria a viabilidade de se identificar o que denomina *rischio-costo*, justamente em alusão às premissas da teoria do risco profissional que identificam na imposição de responsabilidade a viabilidade de internalização dos custos decorrentes da atividade exercida; daí a insuficiência da teoria, nos moldes em que posta, e a justificativa para uma suposta parca penetração sua na jurisprudência.

⁶¹¹ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 160; igualmente, TROISI, Claudia. **La responsabilità oggettiva**, cit., pp. 572-573.

⁶¹² Com uma crítica à diferença estabelecida entre atividades biológicas e atividades empreendedoras enquanto critério de demarcação da aplicabilidade da teoria do risco profissional, não apenas em razão da não rara dificuldade de delimitação de uma e de outra em várias situações, mas também do fato de existir uma série de situações positivadas nos diversos sistemas sob um regime de responsabilidade objetiva que não podem ser consideradas atividades empresariais, ver ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 316. Ainda a respeito, também com severa crítica à aludida distinção, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 159-160, acrescentando, dentre outras considerações, a possibilidade de que o sujeito individual não empreendedor desenvolva atividades com alto grau de risco sem que, para tanto, aja em desconformidade com a lei ou em genuíno exercício empresarial, situação que, sem prejuízo destas circunstâncias, não seria suficientemente equalizada pelo princípio da culpa.

⁶¹³ Aqui é de se retomar a crítica quanto à suposta suficiência da culpa para a gestão dos danos decorrentes das atividades denominadas biológicas enquanto aquelas desprovidas de uma natureza e de uma organização profissional. E o exemplo vem dado pelos seus próprios defensores, quando da referência a situações, dentre outras, relacionadas à responsabilidade civil pelo uso de veículos automotores, não obstante dita atividade – que não pode ser entendida, na sua totalidade, como profissional ou econômica – não seja unanimidade nos diversos sistemas jurídicos como passíveis de justificar um dever de reparar sem culpa. Sobre o tema, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 43-45.

Neste contexto é que se passa a estruturar construção tendente a atrelar a imputação objetiva não propriamente ao desenvolvimento de uma atividade profissional, mas alargando-a de modo a conectá-la à criação de um risco especial criado por uma determinada situação⁶¹⁴.

O seu nascedouro pode ser encontrado na reinterpretação do artigo 1.384 do *Code Civil*, de maneira a impedir o afastamento do dever de reparar diante da prova da ausência de culpa por parte do agente, mesmo nas situações em que não se verificasse o desenvolvimento de uma atividade empresarial organizada, tudo sob a justificativa de que aquele que dirige a força danosa e, por conseguinte, causa um dano, deve responder pelo risco que com isso cria a terceiros⁶¹⁵.

Consoante os seus idealizadores, dita construção apresenta como vantagem a generalidade dos motivos que a legitimam, os quais existem independentemente na natureza da atividade ou da importância da coisa que causou o dano, porquanto é uma exigência elementar de equidade a imposição das consequências do fato das coisas àqueles que as tem sob a sua guarda ou que delas se servem⁶¹⁶.

Esta construção vem embasada em uma ponderação entre os interesses da vítima e do lesante, porquanto se entende que se este não concorreu culposamente para o dano, aquele também não, de modo que se mostraria mais adequado, à vista da ausência de um juízo de censurabilidade em relação à conduta de ambos os agentes envolvidos (a situação de ambos é idêntica), conectar-se o dever de indenizar ao fato objetivo de ser o sujeito garantidor da coisa da qual provém o prejuízo – entre os quais há uma relação estreita – e ao consequente risco que esta relação de posse e uso por si só encerra. Isso porque se o detentor da coisa não for responsável por reparar o

⁶¹⁴ A noção de alargamento da teoria do risco profissional com vistas à estruturação de outra com contornos mais amplos, denominada de risco criado, pode ser expressamente encontrada em JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato...**, cit., p. 110, quando afirma que “[a] obrigação nascida do fato da indústria deve-se substituir pela obrigação nascida do fato das coisas, a noção de risco profissional, pela noção de risco criado”.

⁶¹⁵ JOSSERAND, Louis. **Responsabilidade pelo fato...**, cit., p. 112.

⁶¹⁶ JOSSERAND, Louis. **Responsabilidade pelo fato...**, cit., pp. 111-112. Nesta linha, o infortúnio mostra-se mais legitimamente suportado por aquele que, em última análise, determinou-o ou provocou-o, mesmo que de modo indireto, do que por aquele que tão somente o sofreu, o que atribuiria plena satisfação à equidade.

dano dela proveniente, este encargo recairá sobre a vítima, mesmo diante da absoluta ausência de relação entre ela, o fato e a coisa, o que se mostra incompatível com a possibilidade de verificar a existência de uma relação estreita entre esta mesma coisa da qual provém o dano e aquele que a tem consigo⁶¹⁷.

A teoria poderia ser sintetizada em três diretrizes gerais materializadas no fato de haver previsão legal para a imputação em causa⁶¹⁸, de não prescindir da inafastável evidência de que o dano efetivamente decorreu da coisa e de ter seu fundamento racional de legitimação na ideia de risco criado⁶¹⁹. Especialmente quanto às duas últimas, tendo em vista a menor relevância da primeira a uma apresentação geral da teoria, é de se dizer que o estabelecimento da exigência de um nexo causal rigoroso não se constitui em expressiva inovação, tendo em vista não apenas a teoria do risco profissional, mas mesmo aquelas de matriz negativa (baseadas na estrita causalidade) esboçadas já do nascedouro do risco enquanto fundamento da responsabilidade objetiva ou mesmo na generalidade da teoria da culpa. Quanto ao fundamento invocado, pressupõe a complementação no sentido de que o dever de reparar nasce não da simples propriedade/posse, mas da criação do risco que, por isso, se liga à noção de guarda ou de utilização⁶²⁰.

Quanto aos limites da aplicação da teoria, a construção em causa preconiza que a imputação com base no risco criado deve abranger também o caso fortuito, podendo ser excluída apenas nas situações de força maior ou culpa exclusiva da vítima, no que, em uma análise preliminar, a diferenciaria da teoria do risco profissional. A justificativa para tanto é a tentativa de encontrar solução ao que correntemente se denomina *risco da humanidade*, de modo a fazer com que a criação deste exato risco reste por abrangê-lo e, com isso, não deixar a vítima desassistida⁶²¹.

⁶¹⁷ JOSSERAND, Louis. **Responsabilidade pelo fato...**, cit., pp. 111-112.

⁶¹⁸ Aqui é feita uma referência expressa à regra do artigo 1.834 do Código Civil francês, que silencia quanto à exigência da *faute* como pressuposto do dever de indenizar ou da possibilidade da prova da ausência de culpa pelo agente liberá-lo da obrigação ressarcitória.

⁶¹⁹ JOSSERAND, Louis. **Responsabilidade pelo fato...**, cit., p. 114.

⁶²⁰ Conforme JOSSERAND, Louis. **Responsabilidade pelo fato...**, cit., p. 117, o risco deve ser suportado não por aquele que tinha sobre a coisa um poder jurídico – materializado no direito de propriedade –, mas sim um poder de fato corporizado na sua guarda ou na sua utilização quando do acidente, de modo a responsabilizar, em última análise, quem efetivamente o criou.

⁶²¹ JOSSERAND, Louis. **Responsabilidade pelo fato...**, cit., pp. 115-116.

Em verdade, muito embora a afirmação aparente constituir uma expressiva ampliação do âmbito de aplicação do risco, a verificação dos conceitos empregados nas afirmações bem evidencia que, em verdade, quando se faz alusão genérica ao caso fortuito, busca-se referir ao que atualmente se considera fortuito interno, associando o conceito de força maior – que teria o condão de excluir a responsabilidade – à noção hodierna de fortuito externo⁶²². Daí que, em linhas gerais, não haveria expressiva inovação no que toca à exclusão de responsabilidade pelo caso fortuito, que remanesceria sendo apenas aquele estranho à coisa e ao seu uso normal.

Quanto à concorrência culposa da vítima, a crítica que poderia ser feita reside no fato de deixar de considerar que o dano pode ter mais de uma causa, não sendo rigorosamente correto afirmar, em termos genéricos, que o agir do lesado sempre romperá o nexo de causalidade. Daí serem mais adequadas do ponto de vista da técnica as considerações formuladas em matéria de responsabilidade pelo risco profissional, no sentido de que a relevância da culpa do lesado deverá ser valorada na situação concreta, de modo que não obstante possa induzir uma ausência total de responsabilidade por parte daquele que cria o risco, também poderá apenas mitigar o montante indenizatório tendo em vista as proporções em que tenha concorrido para a verificação do prejuízo⁶²³.

E a solução apontada para um possível agravamento do peso do encargo atribuído àquele que guarda ou utiliza a coisa – em razão de um dever de reparar de igual forma dito gravoso – está na celebração de seguros contra acidentes cuja discussão sobre a sua obrigatoriedade poderia vir justificada no risco criado por tal mister⁶²⁴. Dita solução, todavia, em linhas gerais e tendo em vista as demais

⁶²² Sobre a relação entre força maior e caso fortuito, especialmente a partir das concepções objetiva e subjetiva que são apresentadas para o último conceito e tendo em conta a necessidade incidental da diferenciação para a crítica ora feita à teoria em exame, ver, dentre outros tantos, GALLO, Paolo. **Istituzioni di Diritto Privato**. 2ed. Torino: Giappichelli, 2003, p. 408.

⁶²³ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 52.

⁶²⁴ JOSSERAND, Louis. **Responsabilidade pelo fato...**, cit., p. 113. Especificamente quanto àqueles que responderiam no exercício de uma atividade pelo fato da coisa, em razão do argumento contrário à teoria considerando suposto perigo que a sua aplicação traria ao desenvolvimento da indústria, o autor retoma os argumentos já expedidos pela teoria do risco profissional no sentido de que o prejuízo aparente suportado pelo produtor seria suportado, em última análise, pelo consumidor, não havendo que se falar, nesta linha, em modificação sensível das condições de produção e consumo.

finalidades da responsabilidade civil, poder-se-ia apresentar um tanto simplista, pois embasada em uma mera distribuição social de encargos⁶²⁵.

Todavia, a maior crítica dirigida à teoria em causa – até mesmo por se relacionar ao seu fundamento em si e não a questões pontuais do seu desenvolvimento – tem um desdobramento duplo, já que diz respeito não apenas à sua demasiada generalidade, mas especialmente à ausência de uma clara diferenciação entre risco e perigo. Isso porque, em último exame, toda atividade importa em certos riscos mais ou menos consideráveis, de maneira que não será qualquer deles que importará, obrigatoriamente, em responsabilidade objetiva. De outro lado, considerando que a teoria vem lastreada exatamente na premissa de que o que justifica a responsabilidade objetiva é, por si só, o risco (em maior ou menor grau) criado por uma atividade qualquer, sem referência, assim, a uma conotação especial, estabelece-se uma confusão conceitual entre risco e perigo, ambos aproximando-se por meio da noção de probabilidade de ocorrência de danos, mesmo quando associados a uma coisa e não a um agir⁶²⁶.

Neste contexto é que se apresenta a conveniência de, justamente, analisar os contornos da teoria de legitimação formulada com base na exposição ao perigo, buscando demarcar a sua diferença em relação às precedentes na tentativa de uma

⁶²⁵ A questão envolvendo a obrigatoriedade ou não de seguros de responsabilidade em razão de atividades ou mesmo situações especiais, como a guarda ou a utilização de determinados bens, encerra discussão bastante complexa que, por ora, refoge do âmbito de discussão da investigação, sem prejuízo da relevância da menção ao problema enquanto decorrência do debate acerca da fundamentação proposta pela teoria em exame. Sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità oggettiva**, cit., pp. 10-11. A propósito, com uma discussão mais aprofundada e específica sobre os contornos do mesmo tema, aqui tangencialmente abordado, ver CUOCCI, Valentina Vincenza. **Crisi dell'assicurazione obbligatoria R.C.A.**: I possibili meccanismi correttivi tra risarcimento diretto e *no-fault insurance*. In: BUSNELLI, Francesco Donato; COMANDÉ, Giovanni (a cura di). *L'assicurazione tra Codice Civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 59-64. Igualmente a respeito, com uma perspectiva acerca do debate sobre a legitimidade para a imposição de uma obrigatoriedade assecuratória, se somente legal ou também jurisprudencial, ver BUSNELLI, Francesco Donato. **Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, pp. 29-31.

⁶²⁶ Sobre o tema, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 167. Note-se que não obstante os seus desenvolvimentos mais tradicionais digam respeito à responsabilidade pelo fato da coisa, a conexão da imputação baseada no risco criado dá-se em decorrência da sua guarda ou da sua utilização – e não da propriedade, como já referido –, de modo a bem caracterizar que, com efeito, o que cria o risco é justamente a atividade de guarda ou utilização e não simplesmente a coisa.

adequada sistematização do fundamento geral da responsabilidade objetiva enquanto categoria jurídica.

1.2.3 *A exposição ao perigo*

Em alternativa ao risco propriamente dito, mas a ele conectado na sua essência⁶²⁷, em especial tendo em conta as críticas formuladas justo em razão de uma confusão conceitual a respeito, passa-se a estruturar teoria fundada na exposição ao perigo, assim estritamente considerado enquanto notável potencialidade de produzir danos⁶²⁸.

Daí porque o primeiro ponto a ser tratado para fins de aferição de uma relevância da construção teórica em causa diz respeito à diferenciação conceitual entre risco e perigo. A partir de uma análise que parte dos padrões linguísticos de ambas as expressões e segue na sua conformação jurídica, é possível estabelecer que enquanto a ideia de risco está associada a uma eventualidade de dano decorrente de uma atividade, a noção de perigo guarda relação com o notável estado de ameaça de dano a terceiros em decorrência de uma atividade⁶²⁹.

Nesta senda, enquanto o risco encerra conotação subjetiva estreitamente ligada a uma valoração de índole econômica interna do sujeito, de modo a induzir o ressarcimento de certos danos como ônus de uma empresa enquanto atividade organizada (não obrigatoriamente lucrativa, para abranger as várias nuances da

⁶²⁷ FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 3. Em igual senso, assinalando a existência de um fundo não diverso daquele que sustenta as teorias do risco, SCOMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile e danno**, cit., p. 125.

⁶²⁸ COMPORTI, Marco. **Responsabilità per esercizio di attività pericolose**. In: BUONOCORE, Vincenzo; MAJELLO, Ugo. *Fondamento e funzione della responsabilità civile*. Napoli: Cooperativa Editrice Economica e Commercio, 1975, p. 77.

⁶²⁹ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 169-171. Neste campo, cf. SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., pp. 176-177, cumpre ressaltar que não se trata de uma periculosidade que decorre da forma como a atividade é exercida, ou seja, da conduta por meio da qual se realiza (o que pressupõe uma valoração *ex post*), mas de uma periculosidade objetivamente intrínseca à dita atividade, que vem por isso valorada previamente. De igual modo, assinalando uma diferença entre a periculosidade da conduta e a periculosidade da atividade em si mesma, VISINTINI, Giovanna. **Cos'è la responsabilità civile**. Fontamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale. 2ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014, p. 208.

teoria), o perigo traz em si conotação objetiva relacionada a uma relevante potencialidade de produzir dano em decorrência de um agir⁶³⁰.

Como linha de desenvolvimento destas premissas e partindo da vinculação entre potencialidade de danos e a periculosidade da atividade⁶³¹ (seja dela própria, seja dos meios por ela empregados), chega-se à constatação da viabilidade de que o exercício de atividades perigosas, por trazer em si ínsita a evidência estatística de uma tendência a causar danos mesmo diante da adoção de razoáveis diligências, converte-se em critério de imputação a fazer frente a uma série de danos até então ditos anônimos, pois não imputáveis a ninguém a partir de um preceito geral de culpa⁶³². Com isso, tornando mais gravosos os critérios de imputação em nome de exigências de defesa social, criam-se soluções mais equânimes diante dos problemas que se apresentavam em uma nova realidade econômico-social⁶³³.

Não obstante a noção de periculosidade pretenda-se estritamente objetiva, por guarda relação com a natureza da atividade ou dos meios nela empregados, esteve sujeita a censuras sob a alegação da extrema dificuldade de demarcação do início e do fim do perigo legitimador de uma imputação objetiva⁶³⁴.

Em resposta a esta crítica e reconhecendo verdadeira a premissa de que toda atividade traz em si certo potencial de periculosidade, afirma-se que a fim de

⁶³⁰ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 171-72. A partir destas premissas é que o perigo apresentaria um perfil essencialmente jurídico e, por isso, mais efetivo à consecução do objetivo último da responsabilidade civil (satisfação de uma necessidade de defesa do indivíduo) a partir da imposição de uma disciplina mais rígida de imputação nos casos em que se apresenta um maior perigo aos sujeitos.

⁶³¹ Sem prejuízo do mérito de promover o início da penetração nos vários ordenamentos jurídicos da ideia moderna de responsabilidade objetiva, os conceitos de *atividade perigosa* e de *periculosidade* não estão imunes a crítica, exatamente pela não infrequente associação do seu conteúdo com uma subliminar noção de “colpa in radice” que não carece da prova ulterior de falta de diligência no momento da verificação do fato danoso. Nestes termos, CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità oggettiva**, cit., pp. 4-5.

⁶³² COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 169-171.

⁶³³ COMPORTI, Marco. **Responsabilità per esercizio...**, cit., p. 74. SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 175.

⁶³⁴ SERRA, Adriano Vaz. **Fundamento da Responsabilidade Civil**, cit., pp. 34-36. Segundo o autor, por esta exata razão, não se legitimaria uma regra geral abstrata de dispensa da culpa apenas tendo em conta o fato de existirem atividades perigosas ou mesmo especialmente perigosas, conquanto, nestas situações, a aferição da periculosidade legitimadora da dispensa da culpa seria relegada ao exclusivo arbítrio judicial, sem que se possa dar um prévio e seguro conhecimento aos indivíduos daquelas para as quais exista um regime de responsabilidade desta natureza.

legitimar a imputação objetiva nestas situações deve-se constatar um efetivo potencial de causar frequentes e notáveis danos; não uma simples possibilidade, mas uma real probabilidade de produzir danos a partir de um critério médio de normalidade que considere não apenas regras estatísticas, mas elementos técnicos e de experiência comum ou mesmo a gravidade ou as proporções de que se possam revestir⁶³⁵.

Ao contrário da teoria do risco de empresa, aquela fundada na exposição ao perigo não comporta uma redução tendente a limitá-la ao exercício de atividades empresariais, propondo-se a possuir alcance lato o suficiente a abranger toda e qualquer ação que traga em si perigo real de produzir danos. Isso porque o termo *atividade* tem abrangência suficiente – e assim deve ser considerado – para compreender não apenas aquelas profissionais, mas também a ação eventual e isolada que⁶³⁶, até mesmo por ser menos controlada, pode revestir-se de maior periculosidade⁶³⁷.

⁶³⁵ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 173-174. Igualmente COMPORTI, Marco. **Responsabilità per esercizio...**, cit., pp. 78-79, observa que, atualmente, o âmbito de aplicação da teoria deixa-se de conectar tanto às atividades que estatisticamente podem produzir danos para ligar-se aquelas que apresentam uma potencialidade intrínseca de danos, ou seja, aquelas marcadas por um risco não evitável de todo mesmo à vista da mais intensa diligência, de sorte a abranger os ditos danos do acaso. Nestes termos, a periculosidade significaria a impossibilidade de adotar medidas preventivas de modo a excluir a possibilidade de dano, o que vem embasado nos dados estatísticos de frequência e gravidade do dano inevitável, não obstante toda a diligência empregada. Por tudo isso é que, cf. VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., p. 205, fala-se em uma previsibilidade de dano *in re ipsa* para a qual as regras normais de diligência não seriam suficientemente adequadas; em igual sentido, mesmo que aludindo a outras figuras nas quais, de igual modo, o dano vem reconhecido *in re ipsa*, ver DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**. Contrato e torto. Torino: Giappichelli, 2014, pp. 136 e ss.

⁶³⁶ COMPORTI, Marco. **Responsabilità per esercizio...**, cit., p. 79. Em sentido contrário, afirmando que a designação *atividade* deve ser lida enquanto série continua e organizada de atos, de maneira a conectar-se com aquelas ditas empresariais e, deste modo, excluir do âmbito de aplicação da norma os atos perigosos isolados, pois se a periculosidade decorre de uma conduta imprudente, apresenta-se como um elemento accidental, MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**. In: SACCO, Rodolfo (dir). *Trattato di Diritto Civile*. Torino: UTET, 1998, t. 6 (Le fonti delle obbligazioni), v. 3, p. 1016. Com uma concepção intermediária, pressupondo atividade dita perigosa um mínimo de continuidade e predisposição de meios sem exigência, contudo, de lucro ou de organização empresarial, mas ao ponto de excluir os atos isolados, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., pp. 175-176. A este respeito, tendo-se em conta os fundamentos sobre os quais se funda a construção em causa, as restrições ora apresentadas não se mostram adequadas, pois se o que legitima a imputação sem culpa é a potencialidade concreta e real de causar danos, não há como se justificar a exclusão de uma atividade apenas por não ter organização e continuidade, representando a sua associação a níveis inadequados de diligência uma tentativa infundada de recurso ao regime da culpa.

⁶³⁷ Sem prejuízo da discordância quanto à antes mencionada tentativa de limitação da aplicabilidade da teoria às atividades empresarias e não obstante comungue-se do entendimento de que aquelas ditas isoladas, se efetivamente fonte de perigo, não podem ser excluídas da construção proposta, a referência ao seu menor controle e, por isso, a uma maior potencialidade de danos também parece ser uma

Para tanto, parte-se do pressuposto de que, sabendo da potencialidade danosa de uma determinada atividade, restaria por alternativa a sua proibição⁶³⁸. Contudo, tendo em consideração uma inegável utilidade social legitimadora da aceitação da sua prática⁶³⁹, uma ponderação entre os interesses resguardados pelo exercício útil e aqueles decorrentes dos ditames de proteção social recomenda um regime mais gravoso de responsabilidade, de maneira a imputarem-se os danos a quem a exerce, não enquanto correspondência pela permissão do seu exercício, mas enquanto tentativa de reduzir ao máximo os seus efeitos prejudiciais a terceiros⁶⁴⁰ para, apenas em caso de impossibilidade, não permitir que a vítima os suporte sozinha⁶⁴¹.

reminiscência injustificável, mesmo que indireta, à ideia de negligência, o que não se apresenta compatível com a objetividade do regime de imputação proposto. Isso porque seria necessário verificar no caso concreto se houve ou não um descontrole, a induzir que o perigo decorreria desta circunstância – muito próxima da culpa – e não da natureza da atividade em si.

⁶³⁸ Para um debate a respeito, mesmo que periférico, porquanto relativo à liberdade do exercício de atividade nos então regimes soviéticos e as suas consequências em relação ao(s) sistema(s) de responsabilidade civil, ver RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1967, p. 68, nota 67, *in fine*.

⁶³⁹ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit. p. 1007.

⁶⁴⁰ A crítica que comumente vem dirigida à efetividade desta pretensão diz respeito ao fato de que a prevenção efetiva somente é plena quando envolva lesante e lesado, ou seja, quando cada qual, dentro da sua margem de ação e tendo em conta os meios que tem disponível para si, empreende neste sentido. Para um aprofundamento acerca desta crítica, que leva em conta uma série de desdobramentos de ordem econômica, os quais permitem concluir que a culpa enquanto critério de imputação é eficiente quando é possível a prevenção bilateral, ou seja, parte pelo lesante, parte pelo lesado, ver MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 38-44. Segundo o autor, a responsabilidade objetiva somente será eficiente se os meios disponíveis à prevenção forem unilaterais, o ressarcimento à vítima for perfeito e estiver claro *ex ante* quem é o lesante em potencial e quem é a vítima em potencial. Ditas ponderações aparentam-se influenciadas pela análise econômica do direito, de maneira que, sem prejuízo da sua razoabilidade, não se apresentam suficientes o bastante a descredibilizar, ao menos neste primeiro plano teórico da exposição, a pretensão intentada pela teoria em estudo.

⁶⁴¹ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 174-175. Tal qual verificado nas teorias do risco propriamente dito, traz atrelada a si a ideia de promover a prevenção de danos diante da ampliação máxima possível do seu âmbito de aplicação e, por isso, da possibilidade de se ver obrigado a indenizar independentemente de culpa, o que induz verdadeira prevenção geral relativamente ao exercício de atividades que tenham ínsitas a possibilidade de produzir danos a terceiros. Ainda sobre o tema, COMPORTI, Marco. **Responsabilità per esercizio...**, cit., p. 81. Especialmente tendo em vista o sistema italiano, o autor faz referência à regra do artigo 2.050 do Código Civil, que prevê a possibilidade de produzir uma prova liberatória da responsabilidade apenas nas situações em que o agente tenha adotado a totalidade das medidas idôneas a evitar o prejuízo, e não apenas de uma genérica diligência no desenvolvimento da atividade, tudo no nítido objetivo de prevenir a sua ocorrência; nestes termos, diante da interpretação judicial que foi dada ao dispositivo, a liberação apresenta-se viável apenas nos casos em que o agente tenha empregado um grau tão elevado de medidas voltadas a prevenção que tenha posto fim à natureza perigosa da atividade. A interpretação em causa comporta alguma crítica,

Tendo por base a amplitude dos desenvolvimentos delineados, a teoria em causa propõe-se a justificar a totalidade das situações de imputação objetiva – enquanto verdadeiro critério geral de imputação da multiplicidade de *fattispecie* de responsabilidade objetiva – a partir da constatação da exposição ao perigo, estabelecendo genuíno princípio geral segundo o qual todo aquele que cria ou tem uma fonte de exposição ao perigo para a coletividade é obrigado a reparar os danos respectivos, independentemente de culpa própria ou de terceiro. Com isso, promove-se por assim dizer uma *canalização* da responsabilidade em relação a um sujeito, a qual se estabelece por meio da demarcação da exposição ao perigo (o critério se baseia sobre a conduta do sujeito) e da verificação dos danos que dela diretamente decorrem⁶⁴².

E a exclusão desta responsabilidade, diante da sua objetiva vinculação à periculosidade ínsita à atividade e não ao modo de agir do agente, seria possível apenas nas situações de demonstração da dependência causal entre o dano e um autêntico caso fortuito ou um fato exclusivo do lesado, tal qual, aliás, é típico das verdadeiras situações de responsabilidade objetiva⁶⁴³.

Não obstante a sua boa consistência teórica, a proposição em causa não esteve imune a objeções. E talvez a principal delas diga respeito ao fato de associar os perfis objetivos das situações de perigo a padrões técnicos de perquirição acerca da

especialmente tendo em conta as inegáveis dificuldades da regra do artigo em causa, ao menos nos termos em que posta, o que será abordado em momento subsequente.

⁶⁴² COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 176-181. Segundo o autor, p. 178, a partir da possibilidade de se reconduzirem todas as situações de imputação sem culpa ao critério da exposição ao perigo, cria-se um sistema unitário de responsabilidade civil assim compreendido enquanto reação ao dano injusto, o qual se opera tanto por intermédio da culpa (imputação subjetiva) quanto da exposição ao perigo (imputação objetiva).

⁶⁴³ VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., p. 209. Sobre o âmbito da exclusão da responsabilidade nas situações de exposição ao perigo, ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**, cit., p. 387, fazem referência à assunção própria do risco por parte do lesado, para o fim de, nestas situações, desde que o ato seja efetivamente voluntário e exista um completo conhecimento sobre os riscos, afastar-se a incidência da responsabilidade objetiva daquele que exerce a atividade que teria dado causa ao dano; a propósito, citam como exemplo o desenvolvimento de atividades esportivas especialmente perigosas em que tenham sido observadas as regras típicas inerentes à prática e se tenham adotado as cautelas igualmente intrínsecas à prática da atividade. A ponderação evoca, mesmo que reflexamente, a temática da exclusão da ilicitude pelo consentimento do lesado, a qual se deixa de aprofundar no presente estudo. A propósito, porquanto o tema fora objeto de abordagem específica, consinta-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Responsabilidade civil e consentimento do lesado: Um contributo da experiência portuguesa à ordem jurídica brasileira**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, Lisboa, a. 3, n. 9, pp. 7447-7501, set. 2014.

medida possível da prevenção, tornando-os, nesta linha, demasiado teóricos e abstratos e, por conseguinte, de algum modo incompatível com os acontecimentos factíveis do exercício da atividade humana e da sua valoração por meio das regras de responsabilidade⁶⁴⁴.

Daí que, em consequência disto, não é raro assevera-se que o princípio da exposição ao perigo vem acolhido em acepções demasiado diversas e distantes entre si: ou em uma dimensão excessivamente lata e, por isso, pouco significativa, diante da dificuldade de estabelecer dentre as atividades perigosas aquelas que o são em um nível tal a autorizar a dispensa da culpa, reconduzindo-o, em último exame, a um campo de operatividade não muito diverso da imputação pela pura causalidade; ou em uma dimensão por demais estreita, em decorrência da predisposição de uma gama de requisitos à sua verificação, a produzir efeitos limitados, porquanto inapto a justificar uma série de situações típicas de responsabilidade objetiva⁶⁴⁵.

Considerando que uma das principais críticas contra si apresentadas esta exatamente na impossibilidade de se aceitar a sua abrangência geral para legitimar uma parte das clássicas situações de imputação sem culpa, objeção da qual também não parecem estar imunes as demais teorias apresentadas, cumpre aferir, a partir de uma verificação da aplicação concreta das regras de responsabilidade objetiva vigentes nos sistemas sob exame, a viabilidade de qualquer delas a legitimar uma regra uniforme contraposta ao princípio da culpa.

⁶⁴⁴ COMPORTI, Marco. **Responsabilità per esercizio...**, cit., p. 79.

⁶⁴⁵ Sobre o tema, SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile e danno**. Torino: Giappichelli, 2010, pp. 126-127. A respeito da última acepção, cita o caso da responsabilidade do comitente, que encontra parca fundamentação a partir de uma acepção de exposição ao perigo fundada em elementos demasiado restritivos.

2 As teorias do risco na legitimação unitária da responsabilidade objetiva

Na tentativa de verificar a maneira como se comportam as diversas teorias que, partindo da ideia ampliada de risco, propuseram-se a justificar a responsabilidade objetiva nos casos concretos pretensamente postos sob o seu fundamento⁶⁴⁶, optou-se pela observação daquelas que estiveram predispostas sob um regime de natureza agravada⁶⁴⁷. Isso porque se o intento é aferir a suficiência do risco *lato sensu* (a abranger a exposição ao perigo) enquanto critério unificador de imputação objetiva, em não sendo verificada em tais situações ditas tradicionais, restará obstada a possibilidade de proposição de um regime único em paralelo àquele dito subjetivo a partir da sua invocação.

Nesta linha, mesmo que possa haver dificuldade na estruturação de grupos homogêneos de situações predispostas fora do princípio da culpa, tendo em vista que o intento é meramente observatório quanto ao comportamento do fundamento e não ainda quanto ao regime de pressupostos em si, não se verifica prejuízo numa eventual artificialidade que porventura se possa constatar nesta predisposição.

Não há dúvidas que, numa gama de situações, o risco aparenta representar fundamento uniforme e suficiente ao agravamento da imputação por meio da flexibilidade (relativa ou absoluta) do pressuposto geral da culpa.

Em maior ou menor grau, com maior ou menor ineditismo, os três sistemas jurídicos sob comparação contêm, por exemplo, regras específicas atribuindo um regime mais gravoso de responsabilidade em razão do exercício de atividades que, pela sua natureza ou pelos seus meios, constituem-se em especial fonte de danos, seja

⁶⁴⁶ É bem verdade que existe variação a respeito da caracterização das hipóteses ora predispostas enquanto situações de imputação objetiva, inclusive nas experiências jurídicas sob exame. Não há dúvidas, contudo, de que introduzem um regime agravado de responsabilidade, seja por meio da culpa presumida, seja por intermédio da sua evolução para um genuíno dever de indenizar para além da culpa.

⁶⁴⁷ Esta peculiaridade pode ser reconhecida já pela tentativa de reinterpretação dos artigos 1.384, 1.385 e 1.386 do *Code Civil*, relativamente à responsabilidade decorrente dos danos derivados do fato da coisa, dos animais, do comitente pelos atos de terceiros e da destruição de edifícios. Sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 6.

pelo seu risco, seja pelo perigo a ela inerente⁶⁴⁸. Nestes casos, a divergência é maior quanto à existência de um autêntico regime de responsabilidade objetiva do que quanto à viabilidade da invocação do risco *lato sensu* enquanto fundamento para o agravamento do regime de imputação, diante da expressa alusão a uma das suas variantes nos próprios dispositivos de regência⁶⁴⁹.

Já haverá situações outras que, não obstante a divergência também presente em cada um dos sistemas sobre a real natureza objetiva da imputação, ainda se verificará, quanto afirmativa esta conclusão, séria dúvida no que tange à suficiência do risco enquanto fundamento a uma maior ou menor dispensa da relevância da culpa. Em tais cenários é que se apresenta valioso um esforço investigativo de direito comparado com vistas à verificação da (in)suficiência das teorias analisadas no item

⁶⁴⁸ Neste sentido, o artigo 2.050 do *Codice* (“[q]ualquer um que causa dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, pela sua natureza ou pela natureza dos meios usados, é obrigado ao ressarcimento, se não prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano”), o artigo 493º, n.º 2, do Código português (“[q]uem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”) e o artigo 927, parágrafo único, do Código brasileiro de 2002 (“[h]averá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”). Sobre o tema, a partir de uma perspectiva comparatista, consinta-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Responsabilidade civil agravada pelo risco/perigo da atividade**: um diálogo entre os sistemas jurídicos italiano e brasileiro. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba/SP: Foco Jurídico, 2017, pp. 163-173.

⁶⁴⁹ Bem representa esta constatação a contenda encontrada na doutrina italiana acerca da existência ou não de um regime de imputação objetiva a partir da regra do precitado artigo 2.050 do *Codice*. Nesta linha, três teorias se apresentam. A primeira, no sentido de que é inegável a natureza objetiva da norma em causa, pois não prevê a culpa como critério de imputação e tampouco a ausência de culpa como critério liberatório, de modo que tanto o seu elemento constitutivo quanto o seu elemento impeditivo não estão submetidos a uma valoração subjetiva do comportamento do causador do dano; assim, COMPORTI, Marco. **Responsabilità per esercizio...**, cit., p. 77. Uma segunda, intermediária, no sentido de que a natureza do regime instituído pelo artigo 2.050 depende da interpretação que lhe é dada, podendo constituir em uma regra de culpa com inversão do ônus da prova, caso seja feita referência ao estado subjetivo do responsável, ou em uma regra de responsabilidade objetiva por risco evitável (mesmo assim limitada se comparada com uma regra fundada no risco profissional), caso seja considerado apenas o fato objetivo que foi ou não adotado a evitar o dano, para concluir no sentido da segunda possibilidade; nesta linha, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 48. E uma terceira, em sentido contrário, sustentando que a responsabilidade que decorre do exercício de atividade perigosa constitui-se em imputação baseada na culpa, pois há um agravamento do dever de diligência imposto ao sujeito que desenvolve dita atividade, consoante sustenta, dentre outros, DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**. Teoria Generale della Responsabilità Civile. 3ed. Milano: Giuffrè, 1979, pp. 184-185, nota 219. O certo é que, independentemente da opção por cada uma das três teses, não há dúvidas de que o risco *lato sensu* está presente como fundamento da imputação agravada em análise. Tal dúvida é menos importante nos regimes português e brasileiro, vigendo naquele, sem maiores divergências, um regime de imputação por culpa presumida (artigo 493º, n.º 2) e, neste, um legítimo regime de responsabilidade objetiva em sentido estrito (artigo 927, parágrafo único, do Código de 2002).

precedente para a legitimação do surgimento do dever de indenizar para além da culpa.

Serão analisadas, para este fim, as situações predispostas diretamente no Código Civil, sem prejuízo de uma revisão desta sistemática caso se mostre conveniente o exame de outras contidas em leis especiais. Isso porque se pressupõe, por ora, não só uma maior unidade no tratamento dos temas, em razão do sistema em que inseridos, mas uma aparente adequação destes grupos para fins de verificação da (in)suficiência do risco a legitimar a responsabilidade objetiva enquanto categoria jurídica unitária.

2.1 Responsabilidade civil pelo fato da coisa

As situações de responsabilidade em razão de danos associados a coisas (móveis, imóveis ou semoventes) são aquelas que, na linha do que sucede com outras hipóteses de responsabilidade agravada, encontram-se em uma zona gris entre os regimes de imputação subjetiva e objetiva, com alguma variação evolutiva nos sistemas sob comparação.

Não obstante no seu germe romano já houvesse dúvida bastante expressiva quanto à necessidade da exigência da culpa para o surgimento da obrigação de indenizar⁶⁵⁰, a sistematização moderna do instituto restou por associar ditas situações a um regime subjetivo de imputação a partir de construções desenvolvidas tendo em conta a não observância de deveres de vigilância (culpa *in vigilando*), o que remanesce em uma série de ordenamentos, não obstante uma aparente tendência de substituição por regimes puros de responsabilidade objetiva.

Tal fenômeno verifica-se justamente porque as hipóteses de responsabilidade em questão não dizem respeito aos danos produzidos pela conduta

⁶⁵⁰ Não quanto ao gênero em si, mas especialmente em relação a algumas das figuras agrupadas sob a sua égide, dentre elas, por exemplo, a responsabilidade “de effusi et dejectis” (*deiectum vel effusum*). Sobre o tema, KASER, Max. **Direito Privado Romano**, cit., p. 290.

do agente a partir do emprego de determinada coisa (que se submetem ao regime geral), mas em razão do próprio fato da coisa⁶⁵¹; ou seja, são danos por ela propriamente causados sem que, para tanto, haja uma concorrência bem delimitada por parte do agente responsável⁶⁵². Daí ser inegável reconhecer – mesmo que isso não seja consenso – uma aparente artificialidade da sua legitimação a partir de construções associadas à culpa presumida, pelo que o exame acurado dos regimes de imputação vigentes e dos argumentos lançados à legitimação de cada uma das três categorias usualmente estruturadas a partir do fato da coisa bem pode contribuir à aferição da unidade do risco *lato sensu* (superada a culpa presumida) enquanto fundamento da responsabilidade civil dela decorrente.

2.1.1 *Responsabilidade por danos causados pela coisa em custódia*

Consoante referido de maneira preambular, a adoção de regimes de culpa presumida para os danos causados pela coisa não é uma realidade estranha nos ordenamentos sob comparação. Isso porque, contrariamente do que sucede em maior ou menor grau no Brasil e na Itália, o sistema jurídico português conta com uma regulação do tema nos moldes oitocentistas clássicos, ao menos a partir da regra do artigo 493, número 1, do seu Código Civil⁶⁵³, conclusão que se torna intransponível em razão da amplitude da prova liberatória admitida.

⁶⁵¹ A denominação responsabilidade pelo fato da coisa é altamente criticável, pois a coisa em si, em uma visão restritiva (*stricto sensu*), contrariamente aos animais, não tem dinamismo suficiente ao ponto de, mesmo sem personalidade, ter atividade. Todavia, não obstante a relevância destas ponderações, o seu emprego justifica-se no presente momento não apenas na tradição, mas no fato de que, mais do que a sua correção dogmática, o objetivo da análise está centrado na aferição dos fundamentos que legitimam a dispensa da culpa para o surgimento do dever de indenizar nas situações que seguem agrupadas sob a sua designação; o seu uso corrente na doutrina – seja portuguesa, brasileira ou italiana – autoriza o emprego para fins de facilidade da sistematização. Sobre as críticas a respeito, DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., pp. 491-492. Partilhando das mesmas críticas, CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., p. 222.

⁶⁵² VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 593; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 11ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 587; dentre outros.

⁶⁵³ “Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua”.

Nesta situação, seguindo os parâmetros mais tradicionais deveras ligados ao princípio da culpa, considerando que a obrigação indenizatória nasce da não observância de um dever pessoal de vigilância do proprietário ou possuidor, a linha de argumentação empregada para justificar um regime mais gravoso (nem tanto, se comparado com a possibilidade de imputação objetiva) está na suposta maior periculosidade inerente a elas, a impor, por isso, um especial dever de segurança no tráfego materializado na presunção *iuris tantum* de culpa⁶⁵⁴. Trata-se, ao que se vê, duma legitimação indireta no risco, pois, não obstante presume a lei que as coisas são passíveis de conterem em si uma potencialidade agravada de causar danos, tal não é reconhecido na sua plenitude (por meio de um regime de imputação objetiva assente no risco), já que a lei autoriza a liberação da responsabilidade por meio de uma prova de não culpa que incumbe ao, em tese, lesante.

Em sentido diverso é o que se verifica nos sistemas jurídicos italiano e brasileiro, que parecem convergir no sentido da adoção de um regime de responsabilidade objetiva para os danos decorrente do fato da coisa: naquele, por força da regra expressa do artigo 2.051 do *Codice*; neste, em razão de uma interpretação sistemática dos artigos 936, 937 e 938 do Código Civil de 2002, que estabelecem, respectivamente, a responsabilidade objetiva dos proprietários de animais, da ruína dos edifícios e das coisas que caem (*de effusi et dejectis*), donde se poderia extrair, a par da ausência de uma regra clara nos moldes italianos, um regime geral de responsabilidade pelos danos decorrentes das coisas em custódia⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ LEITÃO, Luis Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 325-327; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 593;

⁶⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., p. 228. Segundo o autor, não obstante o Código Civil de 2002 não tenha uma previsão nos moldes do artigo 1.384 do *Code*, na parte em que estabelece a responsabilidade do agente pelas “coisas de quem tem a guarda”, tal seria possível de ser inferido do próprio sistema, em função das regras dos já citados artigos 936 (responsabilidade pelo fato dos animais), 937 (responsabilidade pela ruína) e 938 (responsabilidade das coisas caídas dos edifícios). Igualmente, VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, cit., p. 100; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, cit., p. 170. Aparentemente convergindo neste sentido, mas com referência a uma presunção de culpa *iuris et de iure* (e não propriamente uma imputação objetiva), LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, cit., p. 136. Na mesma linha, mas sob fundamento talvez um pouco diverso, parcela da doutrina entende preferível presumir uma determinada periculosidade inerente à coisa para o fim de permitir a imputação objetiva com base na cláusula geral do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil; neste sentido, DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., pp. 492-943. Tal ponderação, contudo, parece menos factível em razão da desnecessidade de que, nestas situações, seja demonstrada uma concreta maior periculosidade inerente à coisa, como adiante se verá.

Em razão da expressa previsão do Código Civil italiano sobre o tema, a sua experiência apresentar-se-á deveras rica, com grande contributo, por isso, à compreensão da grandeza dos seus desenvolvimentos. Isso porque, até mesmo em prosseguimento das construções francesas acerca da responsabilidade pelo fato da coisa a partir de uma reinterpretação do artigo 1.384 do *Code*⁶⁵⁶, a jurisprudência italiana teve a oportunidade de, ao longo dos tempos, aprimorar a sua compreensão sobre os contornos da regra do artigo 2.051⁶⁵⁷, conduzindo-a a um regime de imputação objetiva⁶⁵⁸, inclusive desvinculado da verificação de um especial risco inerente à coisa, tal qual era antevisto no seu nascedouro⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ Não é demais recordar, como já se teve oportunidade de referir em momento precedente, que não obstante uma interpretação inicial do artigo 1.384 do *Code* conduzisse a um regime de responsabilidade subjetiva, foi de grande importância a alteração jurisprudencial promovida pela Corte de Cassação a partir do *arrêt Teffaine*, em 1896, que passou a reconhecer a desnecessidade da prova da culpa nos casos de responsabilidade pelo fato da coisa, não obstante ainda algum vacilo subsequente sobre o alcance da prova liberatória possível nestas situações. E o fundamento invocado para este regime de responsabilidade mais gravoso devia-se justamente às variações da teoria do risco que seriam estruturadas na sua sequência, sendo de grande relevo a já citada clássica obra de JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato...**, pp. 109-119.

⁶⁵⁷ Para uma evolução a respeito, inclusive com referências aos primórdios do artigo 1.153 do *Codice* de 1865 e do artigo 1.384 do *Code Napoléon* e às suas influências na construção da disciplina da responsabilidade decorrente das coisas em custódia a partir do vigente artigo 2.051 do Código Civil italiano, ver APICELLA, Domenico. **Responsabilità da cose in custodia**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, cit., pp. 833-836.

⁶⁵⁸ A aceitação da tese da responsabilidade objetiva nem sempre foi consensual (e continua não sendo unanimidade), havendo entendimentos mais tradicionais que sustentavam tratar-se de uma legítima situação de responsabilidade agravada (por culpa presumida) ou ao mesmo de um regime intermédio, por isso dito de responsabilidade semiobjetiva, ou, ainda, fundado no *contatto sociale*. Com um panorama evolutivo sobre o tema, ver SPINA, Giulio. **La responsabilità del custode ex art. 2051 C.C. tra presunzione di colpa e responsabilità oggettiva**. *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, n. 5, 2013, p. 1533, nota 5.

⁶⁵⁹ Neste sentido já decidiu a *Corte di Cassazione*, conforme sentença n. 25214, seção IV, julgado em 27 nov. 2014, publicado em **Giustizia Civile Massimario 2014**, que “[i]n tema di responsabilità civile per i danni cagionati da cose in custodia, la fattispecie di cui all’art. 2051 cod. civ. individua un’ipotesi di responsabilità oggettiva, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte del danneggiato del verificarsi dell’evento dannoso e del suo rapporto di causalità con il bene in custodia, senza che sia anche necessaria - allorché l’evento dannoso sia ricollegabile all’intrinseco dinamismo della cosa - la prova della pericolosità della ‘res’, derivante dal suo cattivo funzionamento”. Dita decisão reafirma outra já proferida pela mesma seção em 29 ago. 2013, na sentença n. 19905, publicado em **Diritto e Giustizia online 2013**, 2 set. 2013, oportunidade na qual restou afirmado que “[l]a responsabilità per le cose in custodia, prevista dall’art. 2051 cod. civ., ha natura oggettiva e necessita, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento, tale da prescindere dall’accertamento della pericolosità della cosa stessa e da sussistere in relazione a tutti i danni da essa cagionati, sia per la sua intrinseca natura, sia per l’insorgenza in essa di agenti dannosi, essendo esclusa solo dal caso fortuito”. A Suprema Corte tem empregado para acentuar o que denomina de *radicale oggettivazione* da responsabilidade pelo fato da coisa a designação *presunzione di responsabilità* em substituição à mera *presunzione di colpa*, pois para a imputação civil nestes casos basta apenas a relação

Seguindo esta linha interpretativa, é possível extrair da mais recente experiência jurisprudencial italiana – o que tende a se reproduzir na experiência brasileira – que a responsabilidade em causa é não apenas objetiva⁶⁶⁰, mas especialmente ampla, a abranger todos os danos que guardem relação direta de causalidade com a coisa⁶⁶¹, de modo que uma eventual periculosidade a ela inerente não pode ser considerada enquanto fator de legitimação da indenização, porquanto de todo irrelevante ao juízo de imputação⁶⁶². Nestes termos, o vínculo de guarda entre o agente imputável e a coisa impõe-lhe um nítido dever de garantia, independentemente de eventuais riscos ou proveitos associados ao seu uso, o que parece induzir claramente no sentido da insuficiência das teorias do risco (inclusive da exposição ao perigo) a legitimar a dispensa da culpa nestes casos⁶⁶³.

de causalidade entre a coisa e o dano. Sobre o tema, SPINA, Giulio. **La responsabilità del custode...**, cit., pp. 1538-1539, com destaque para as notas 70, 71 e 73.

⁶⁶⁰ O fundamento para a tese da responsabilidade objetiva reside basicamente no fato de o preceito não fazer referência à culpa como pressuposto da imputação, bem como permitir a elisão da responsabilidade apenas nos casos de prova do caso fortuito, tornando a demonstração de não culpa irrelevante ao dever de indenizar; em outras palavras, todas as causas do dano diversas do fortuito (imprevisível e inevitável), inclusive as causas ignoradas, são imputáveis àquele que tem a custódia da coisa. Neste sentido, ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**, cit., p. 388. Em sentido contrário, mesmo à vista das evidências teóricas antes referidas, sustentando tratar-se de situação de responsabilidade agravada com culpa presumida, GALLO, Paolo. **Introduzione...**cit., p. 128.

⁶⁶¹ A linha interpretativa seguida pela *Cassazione* vem ao encontro das tendências de objetivação e de ampliação do espectro do dano ressarcível que parece ter pautado a codificação brasileira de 2002 em situações como a ora em exame, pelo que se justifica o valor da experiência italiana ao estudo comparado, talvez, contudo, um pouco na contramão do que tem sido majoritariamente (em sentido contrário) preconizado pela experiência portuguesa acerca do tema em causa.

⁶⁶² Em sentido aparentemente contrário, pois alude de modo expresso que “si tratta sempre di un rischio assunto da chi aveva il potere materiale sulla cosa”, não obstante também reconheça que a imputação objetiva, no caso, decorre simplesmente do dinamismo da coisa que criou o dano, a pender, neste particular, para a orientação preconizada pela Corte de Cassação, ver ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., p. 172.

⁶⁶³ Assim assinala SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 166, quando observa que parece um tanto duvidoso que do princípio do risco possa-se retirar o fundamento para a imputação objetiva em causa, mesmo da sua vertente relacionada à exposição ao perigo, pelo fato de que, consoante referido pela *Cassazione*, o dado normativo não condiciona a reparabilidade do dano a esta verificação. Esta não é uma apreciação uniforme, sendo muito frequente – tanto entre os que defendem um regime de responsabilidade agravada quanto os que são partidários da tese da responsabilidade objetiva – a alusão direta ao risco, especialmente na sua modalidade risco-proveito (*cuius commoda et incommoda*). Neste norte, GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 129; dentre outros.

2.1.2 Responsabilidade por danos causados por animais

A disciplina dos danos causados por animais, não obstante possa ser considerada espécie do gênero responsabilidade pelo fato da coisa, suscita menos controvérsia quando postos em confronto os regimes de opção em cada uma das ordens jurídicas sob comparação, porquanto contemplam genuínas situações de imputação objetiva⁶⁶⁴.

A divergência estará, contudo, no fundamento que legitima um regime mais gravoso de responsabilidade ou mesmo no alcance da obrigação de reparar prevista em cada um dos sistemas jurídicos em causa, isso em razão da forma como redigidos os dispositivos de regência em cada um deles⁶⁶⁵.

Quanto ao fundamento, não há dúvidas de que, no nascedouro da regulamentação de um regime diferenciado de responsabilidade por danos causados por animais, a valoração de um especial risco em razão do seu uso ou custódia situa-se no cerne da exceção criada ao regime geral da culpa⁶⁶⁶. Tanto que, mantendo-se fiel a

⁶⁶⁴ A opção pela responsabilidade objetiva parece ser consensual na doutrina acerca do tema. Assim, em Portugal, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 594, nota 1; MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 123; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, v. II, t. III, p. 656; GONZÁLEZ, José Alberto. **Responsabilidade Civil**. 3ed. Lisboa: Quid Juris, 2013, pp. 222-222; dentre outros. Na Itália, ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**, cit., p. 430; SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 168; APICELLA, Domenico. **Danno cagionato da animali**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, p. 896; há, contudo, posições minoritárias em sentido contrário, consoante se vê, v.g., em GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 134, quando afirma que “siamo di fronte più che ad un vero e proprio caso di responsabilità oggettiva, ad una forma di responsabilità aggravata caratterizzata dall’inversione dell’onere della prova”. No Brasil, DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**, cit., p. 564; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, cit., p. 114; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., p. 238; dentre outros. A amplitude da regra contida do *Codice* parece dar um alcance à disciplina italiana ainda mais amplo caso comparado com aquele passível de ser extraído dos dispositivos português e brasileiro. Isso porque não apenas é categórico em afirmar que a fuga ou a perda do animal não são causas eximentes de responsabilidade, indo além da custódia para impor um dever concorrente entre o proprietário e aquele que se utiliza do animal. Sobre o tema, SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità Civile e Danno**, cit., p. 67.

⁶⁶⁵ O artigo 502 do Código Civil português estabelece que “[q]uem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização”. Já o artigo 2.052 do *Codice* dispõe que “[i]l proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è responsabile dei danni cagionati dall’animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito”. Ao cabo, o artigo 936 do Código brasileiro de 2002 disciplina que “[o] dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

⁶⁶⁶ Até mesmo porque, em uma sociedade pré-industrial (o que não mais coincide com a realidade hodierna), os animais eram inegavelmente considerados coisas perigosas por excelência, de modo que as construções desenvolvidas para legitimar a imputação objetiva a partir das teorias do risco bem

esta tradição, o que veio consagrado de modo expresso na regra do artigo 502 do Código Civil de 1966, a imputação objetiva do sistema jurídico português não só vem legitimada na pretensa periculosidade agravada ínsita aos animais, como o próprio dever de indenizar resta condicionado à demonstração da existência de um perigo especial na sua utilização⁶⁶⁷.

Todavia, com a ampliação das fontes de risco a partir da expansão e da consequente sedimentação do processo de industrialização, a potencialidade de danos decorrente da guarda ou do emprego de animais resta bastante mitigada quando

serviam para explicar a adoção de um regime desta natureza, nos termos em que atualmente verificado (ou mesmo por meio de uma simples responsabilidade agravada por culpa presumida). Sobre o tema, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., pp. 168-169.

⁶⁶⁷ Consoante observa MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 123, apenas os danos que diretamente decorram desta periculosidade natural e ínsita ao uso de um determinado animal (o que deverá ser aferido no caso concreto) submeter-se-ão ao regime de responsabilidade objetiva previsto no artigo 502 do Código Civil. Tanto isso é verdade que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português tem interpretado conjuntamente o alcance das regras dos artigos 502 (responsabilidade objetiva pelo uso de animais) e 493 (responsabilidade agravada em razão da custódia de animais), ambos do Código Civil de 1966, estabelecendo regimes paralelos de imputação: aquele assente no risco (em razão do perigo agravado) e este, na não observância do dever próprio de vigilância. Por isso tem decidido que “[n]o tocante aos danos provocados por animais pode distinguir-se a diversidade de situações previstas nos arts. 493.º (presunção de culpa do que tiver assumido o encargo de vigilância de quaisquer animais, estando-se, então, em sede de responsabilidade delitual) e 502.º, ambos do CC (responsabilidade com base no risco daquele que, no seu próprio interesse, utilizar quaisquer animais desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização). O proprietário que tiver o poder de facto sobre o animal, a ele lhe incumbindo a respectiva vigilância, pode incorrer em responsabilidade delitual se caso disso for e se não se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam ainda verificado mesmo que não houvesse culpa sua. O art. 493.º do CC tem em vista os animais que, por sua natureza, estão sujeitos à guarda e vigilância dos respectivos donos (ou de outrem sobre quem recaia tal obrigação). Presumindo-se que o seu guarda tem culpa no facto causador do dano, dado ter o animal sob a sua custódia, pelo que deve tomar as medidas necessárias para evitar aquele prejuízo. O art. 502.º tem em vista aquele que utiliza os animais no seu próprio interesse, sendo, ainda necessário que o dano proceda do perigo especial que envolve a sua utilização. Assentando tal responsabilidade no risco que se cria, em relação a terceiro, com a utilização perigosa dos animais. Podendo qualquer uma destas responsabilidades não excluir a outra. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso n. 478/05.6TBMGL.C1.S1. 2ª Seção. Rel. Cons. Serra Baptista. J. em 14 nov. 2013. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>. Acesso em 26 nov. 2015). Tal julgamento vem ao encontro de orientação mais antiga já firmada pela mesma Corte, no sentido de que “[o] risco especial que a utilização de animais acarreta e que o art. 502º C.Civ. contempla em termos de responsabilidade objectiva, - ou seja, como diz o nº. 2 do seu artº. 483º, ‘independentemente de culpa’ -, não é, em todo o caso, apenas o próprio da espécie de animais em questão: visa, pelo contrário, igualmente o risco geral do aproveitamento de animais, resultante - seja qual for a sua espécie - da sua natureza de seres vivos que actuam por impulso próprio. A limitação constante da parte final do art. 502º C.Civ. visa apenas excluir os casos em que o dano em questão tanto podia ter sido causado pelo(s) animal(is) como por qualquer outra coisa, nenhuma ligação havendo com o sobredito perigo próprio ou específico da utilização de animais”. (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso n. 03B1834. Rel. Cons. Oliveira Barros. J. em 17 jun. 2003. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>. Acesso em 26 nov. 2015).

posta em comparação com aquelas; tem, por isso, a sua importância teórica sobremaneira diminuída, não mais podendo ser considerada como justificação uniforme o bastante para a introdução de um regime mais gravoso de responsabilidade para os danos causados por animais, quanto mais porque as situações postas sob a sua égide contam com uma expressiva variação na periculosidade a partir dos mais diversos casos concretos possíveis.

E dito reconhecimento parece ter sido bem percebido pela aplicação prática que os preceitos sob exame receberam nas ordens jurídicas brasileira e italiana (com especial destaque para a última). Nesta linha, abstraídos os danos que decorrem do uso do animal em determinada atividade (situação na qual o dever de indenizar decorre da conduta em si e, portanto, submete-se ao regime próprio de responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas), aqueles associados ao simples fato do animal assumem um fundamento de legitimação baseado na mera causalidade.

Daí apresentar-se artificial a legitimação da imputação objetiva nestas situações com base na invocação do risco ou do perigo propriamente ditos (não obstante possam ser elementos acidentais da *fattispecie*), sendo mais factível o recurso à noção de garantia à vítima imposta pela lei ao sujeito ligado à fonte produtora do prejuízo⁶⁶⁸, independente da existência da maior ou menor

⁶⁶⁸ A jurisprudência da Corte de Cassação italiana tem sido bastante lúcida no estabelecimento desta diferenciação, asseverando a existência de um regime de imputação objetiva fundado no simples nexo de causalidade entre o animal e o dano, abstraindo não apenas qualquer relevância sobre a diligência empregada na sua custódia ou, mais do que isso, qualquer especial risco ou perigo inerentes ao semovente. Tal é o que se infere do julgamento, pela sua III Sezione Cível, da sentença n. 2414, de 04 fev. 2014, oportunidade em que se assentou que “[a]i sensi dell'art. 2052 c.c., la responsabilità del proprietario dell'animale è alternativa rispetto a quella del soggetto che ha in uso il medesimo; tale responsabilità - che incontra il limite del caso fortuito, costituendo quindi un'ipotesi di responsabilità oggettiva - non trova il proprio fondamento in una specifica attività del proprietario, quanto, piuttosto, in una relazione, di proprietà o di uso, fra la persona fisica e l'animale” (*in Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, n. 4, a. 2014, p. 1354). Idêntica linha de interpretação já havia sido afirmada pela mesma *Sezione Terza Civile* quando do julgamento do Recurso n. 7260, em 22 mar. 2013, oportunidade em que restara assentado que “[l]a responsabilità prevista dall' art. 2052 c.c., quanto ai danni cagionati da animali, si fonda non su un comportamento o una attività del proprietario, ma su una relazione (di proprietà o di uso) intercorrente tra questi e l'animale. Poiché il limite della responsabilità risiede nell'intervento di un fattore (il caso fortuito) che attiene non a un comportamento del responsabile ma alle modalità di causazione del danno, si deve ritenere che la rilevanza del fortuito attiene al profilo causale, in quanto suscettibile di una valutazione che consenta di ricondurre all'elemento esterno,

potencialidade/probabilidade real e concreta de causação de danos a terceiros (na contramão do que sucede no sistema português). E esta ideia vem apenas reforçada pela concorrência de responsabilidade entre o proprietário e o utente, no sentido de se ampliar o alcance da garantia da reparação ao lesado.

Em outras palavras, apesar de o regime especial de imputação basear-se não propriamente na custódia⁶⁶⁹ – o que lhe afasta do regime geral pelo fato da coisa – mas no uso em si, a induzir uma questionável associação empírica com as ideias de risco ou perigo, o exame do alcance jurisprudencial que tem sido dado especialmente ao disposto no artigo 2.052 do Código Civil italiano autoriza buscar a sua legitimação em fundamento mais alargado. Daí a sugestão do reconhecimento, como dito, da ideia de garantia à vítima como cerne da imputação objetiva, justamente em razão da impossibilidade de condicioná-lo a uma real e efetiva periculosidade, em especial tendo em conta a diversidade dos animais (alguns perigosos/arriscados outros nem tanto) submetidos a um mesmo regramento.

Neste cenário é que, sem prejuízo da norma estreita contida no Código Civil português, que estabelece a verificação do risco especial decorrente do uso do animal como condicionante ao regime de imputação objetiva, o entendimento mais abalizado – especialmente à vista de preceitos com redação mais ampla como aqueles contidos nos diplomas italiano e brasileiro – parece encontrar a legitimidade da dispensa da culpa em fundamento mais alargado. Fundamento este que se extrai da mera relação de causalidade entre o animal e o dano, abstraindo qualquer efetiva potencialidade lesiva, não obstante, consoante já referido precedentemente, possa-se apresentar como elemento accidental da *fattispecie*, tanto na modalidade do risco propriamente dito, quanto do perigo.

anziché all'animale che ne è fonte inunediatata, il danno concretamente verificatosi" (in **Guida al diritto** 2013, n. 23, p. 60).

⁶⁶⁹ GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 134.

2.1.3 Responsabilidade por danos decorrentes de edifícios ou obras

Na linha do que sucede com a hipótese precedente, as situações de imputação por danos associados a edifícios ou obras – tanto por ruína quanto por quedas ou lançamentos deles provenientes – também podem ser tidas como gênero da espécie responsabilidade pelo fato da coisa⁶⁷⁰. Tal, por si, justificaria uma imputação objetiva com base na regra geral já tratada, não obstante particularidades de regime existentes em cada um dos sistemas sob comparação possam suscitar alguma dúvida quanto à real configuração de autêntica hipótese de dispensa plena da culpa.

Isso porque, do ponto de vista normativo, enquanto a matéria vem tratada na Lei Civil brasileira em dois preceitos autônomos⁶⁷¹ – inclusive com regimes aparentes diversos de imputação⁶⁷² –, em Portugal⁶⁷³ e na Itália⁶⁷⁴ vem regulada por preceito único, a abranger aqueles danos decorrentes da ruína, com o regramento dos

⁶⁷⁰ VISINTINI, Gioavanna. *Cos'è...*, cit., p. 225; SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*, cit., p. 170.

⁶⁷¹ O artigo 937 do Código Civil de 2002 estabelece que “[o] dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”, ao passo em que o artigo 938, que “[a]quele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”, este na exata linha do *effusi et dejectis* romano. Note-se que a primeira das situações fonte de responsabilidade está alicerçada na propriedade ao passo em que a segundo, na condição de usuário (habitante) do imóvel, independentemente da condição que o faça.

⁶⁷² Da leitura de ambos os preceitos, não obstante a tentativa doutrinária de, por vezes, reconhecer um regime objetivo em ambas as situações, há que se ponderar entendimento no sentido de que a responsabilidade pela ruína, no sistema brasileiro, seria por culpa presumida, pela associação intransponível (condicionante) feita pelo dispositivo de regência entre o dano e a falta de reparos, circunstância que poderia ser entendida como não observância de dever pessoal de diligência para com o trato da coisa (mesmo que presumida). Sobre o tema, ver a síntese contida em TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*, cit., pp. 847-849.

⁶⁷³ Art. 492º. Danos causados por edifícios ou outras obras. 1. O proprietário ou possuidor de edifício ou outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, se não teriam evitado os danos. 2. A pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra responde, em lugar do proprietário ou possuidor, quando os danos forem devidos exclusivamente a defeito de conservação.

⁶⁷⁴ Art. 2.053. Rovina di edificio. Il proprietario di un edificio o di altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione.

demais (associados a quedas ou lançamentos de objetos) ao regime geral de responsabilidade pelo fato da coisa⁶⁷⁵.

Ao que se depreende da leitura dos dispositivos de regência, a responsabilidade pela ruína propriamente dita tenderia a vir associada, a partir de uma interpretação mais literal, à culpa presumida que se materializa na ausência de manutenção adequada do imóvel – dever que competiria ao proprietário – e cujo ônus probatório poderá incumbir, num ou noutro sistema, ao lesante ou ao lesado⁶⁷⁶.

Não obstante uma visão inicial de algum modo associada à culpa⁶⁷⁷, a qual tendia a apresentar-se mesmo prevalente, é de se destacar que, no direito italiano⁶⁷⁸, no que vai acompanhado por parcela cada vez mais expressiva da doutrina

⁶⁷⁵ As situações que se amoldam na figura do *effusi et dejectis* estariam mais próximas, nos três sistemas, do regime adotado por cada um deles para a responsabilidade por danos em razão das coisas em custódia: em Portugal, como visto, com uma tendência à culpa presumida e, no Brasil e na Itália, à responsabilidade objetiva.

⁶⁷⁶ Em Portugal parece ser prevalente a tese da presunção de culpa; assim, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, cit., p. 586; MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 111; LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 324. Já no Brasil, inúmeros são os autores que se alinham nesta tendência, a partir da regra do artigo 937 do vigente Código Civil, que pouco inovou quanto ao texto do Diploma de 1916; assim, DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 536; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**, cit., pp. 847-848; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, cit., p. 105; GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 115 (estes dois últimos, contudo, com alguma ressalva, o que já parece adiantar um quadro pouco conclusivo quanto à tendência predominante no ordenamento brasileiro, como adiante melhor será analisado).

⁶⁷⁷ Neste dilema entre a culpa presumida e a imputação objetiva, o qual decorre da forma como redigidos os dispositivos nos três sistemas jurídicos sob comparação, um fator de relevo parece ser essencial à solução da controvérsia. É fato que os preceitos parecem querer fazer alusão aos danos que decorram da falta de manutenção do prédio ou da obra, a qual se apresenta apta a provocar a ruína. Ocorre que como a indenização é cabível ainda que o proprietário ou possuidor ignore a necessidade dos reparos, não sendo tecnicamente correto, portanto, neste caso, falar-se em culpa (pelo desconhecimento da necessidade), abre-se margem à estruturação de uma linha interpretativa conducente ao reconhecimento da imputação objetiva, como se verá logo na sequência. Sobre o tema, com lúcida explanação neste exato norte, GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**, cit., p. 115.

⁶⁷⁸ A doutrina é majoritária neste sentido, conforme se recolhe, dentre outros, em SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 170; VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., p. 225; ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., pp. 171 e 173; ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**, cit., p. 452. A jurisprudência parece apontar na mesma linha, tendo já decidido a Corte de Cassação que “[l]a responsabilità oggettiva, posta a carico del proprietario o di altro titolare di diritto reale di godimento per rovin di edificio (o di altra costruzione) ai sensi dell’art. 2053 c.c. può essere esclusa soltanto dalla dimostrazione che i danni causati dalla rovina dell’edificio non siano riconducibili a vizi di costruzione o difetto di manutenzione, bensì ad un fatto dotato di efficacia causale autônoma rilevante come caso fortuito, comprensivo del fatto del terzo o del danneggiato, ache se tale fatto esterno non presenti i caratteri della imprevedibilità ed inevitabilità” (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza n. 1002, di 21 gen. 2010. In: **Giustizia Civile**, 2010, n. 3, t. I, p. 559).

brasileira⁶⁷⁹, vem-se sedimentando nas últimas décadas uma interpretação mais alargada do preceito, no sentido do acolhimento de um legítimo regime de responsabilidade objetiva decorrente da mera causalidade entre a ruína e o dano, o qual se mostra elidível apenas pelo caso fortuito⁶⁸⁰, pelo fato exclusivo do lesado ou pelo fato de terceiro⁶⁸¹. Note-se que, nesta linha de interpretação, o dever de indenizar prescinde da existência de qualquer comportamento por parte do proprietário (ou titular de direito real de gozo), bastando ao lesado demonstrar a existência do dano e da causalidade entre ele e o imóvel⁶⁸².

Em razão da acolhida em modo mais alargado da tese da responsabilidade objetiva, numa dimensão verdadeiramente lata⁶⁸³, é de se assinalar que não obstante sejam frequentes às referências ao risco⁶⁸⁴ (tanto em relação à ruína quanto à queda

⁶⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., p. 243. Essa tendência bastante expressiva de migração à imputação objetiva pode ser percebida pelo teor do enunciado n. 556, aprovado pela VI Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual estabelece, de modo expresso, que “[a] responsabilidade civil do dono do prédio ou construção por sua ruína, tratada pelo art. 937 do CC, é objetiva”. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>>. Acesso em 27 out. 2015. Também sobre o tema, com críticas quanto à manutenção da redação, pelo Código de 2002, daquela vigente no diploma de 1916, a qual poderia ter sido corrigida no sentido de, seguindo a tendência hodierna, não permitir a prova liberatória ao proprietário de que a necessidade dos reparos que conduziram à ruína não era manifesta e, com isso, por fim sobre eventual dúvida quanto à natureza objetiva da imputação, ver GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, cit., p. 176.

⁶⁸⁰ VISINTINI, Gioavanna. **Cos’è...**, cit., p. 226.

⁶⁸¹ MUSIO, Ivana. **Responsabilità da rovina di edifici**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, cit., p. 923.

⁶⁸² É de se assinalar que mesmo no sistema jurídico italiano, que parece ter-se rendido à tese da responsabilidade objetiva – não obstante a regra do artigo 2.053 seja clara em aludir à possibilidade de prova liberatória pelo proprietário (“salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione”) –, por vezes apresenta algum vacilo, misturando conceitos estruturais no sentido de permitir a criação de figuras absolutamente inusitadas. Neste sentido, é de se destacar a referência contida em MUSIO, Ivana. **Responsabilità da rovina...**, cit., p. 925, que aponta para a existência de um regime de responsabilidade objetiva legal *iuris tantum* (diante da possibilidade da prova liberatória). O entendimento mais apropriado, contudo, diante da opção pela responsabilidade objetiva, está em se interpretar a prova liberatória consentida apenas como a demonstração da existência do caso fortuito, da força maior, do fato de terceiro ou do ato exclusivo da vítima. Assim, VISINTINI, Giovanna. **Cos’è...**, cit., p. 225.

⁶⁸³ Consoante ALPA, Guido. **Diritto della Responsabilità Civile**, cit., p. 173, a expressão ruína (*rovina*) vem interpretada em termos bastante abrangentes, de modo a abarcar qualquer desagregação, mesmo que limitada (e por isso mesmo desassociada de um especial risco hipotético que eventualmente pudesse ser teorizado em relação ao prédio ou à obra) ou relacionada a partes acessórias ou de mera ornamentação, bem como a responsabilidade do proprietário, mesmo quando o dano decorra de vício de construção (com ação de regresso em relação ao real responsável), tudo no intuito de dar à vítima a maior garantia de reparabilidade possível.

⁶⁸⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità Civile e Danno**, cit., p. 68; GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 138; MUSIO, Ivana. **Responsabilità da rovina...**, cit., p. 920; dentre outros. Para um apanhado

ou ao lançamento), não é lícito antever na simples existência de uma obra ou de um edifício a presença de uma especial potencialidade de danos que, por si, legitime uma imputação mais gravosa⁶⁸⁵.

Em razão disso, considerando uma aparente artificialidade da invocação generalizada do risco *lato sensu* para legitimar todas as situações englobadas pelas normas em comento, as teorias nele fundamentadas (seja nas modalidades risco-proveito, risco-criado ou risco-empresa, seja na linha da exposição ao perigo) aparentam-se dogmaticamente insuficientes a este fim. E isso quanto mais tendo em conta que o dever de indenizar vem reconstruído enquanto uma decorrência lógica – e objetiva – da posição formal de proprietário⁶⁸⁶, de modo que, uma vez mais, a legitimidade da dispensa da culpa parece buscar abrigo em fundamento mais alargado, tal qual, aliás, será possível antever em uma série de outras situações.

2.2 Responsabilidade civil pelo fato de outrem

A responsabilidade civil por fato de outrem talvez seja, dentre os agrupamentos propostos, aquele em que se verificam as maiores disparidades no que tange aos regimes vigentes nas ordens jurídicas sob comparação, a induzir, por isso, não apenas diferenças quanto aos pressupostos – o que, por ora, não é o ponto central da atenção –, mas também quanto à natureza da imputação – e, por conseguinte, quanto ao seu fundamento.

evolutivo acerca das invocações da teoria do risco para legitimar tais situações de imputação sem culpa associadas a edifícios ou construções (tanto por ruína quanto por queda ou arremesso), desde o pensamento de Jossierand até os seus desdobramentos contemporâneos, ver LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, cit., pp. 138-139. É de se ressaltar que grande parte das referências à legitimação da dispensa da culpa no risco ou no perigo vem embasada na doutrina mais tradicional sobre o tema – especialmente Pietro Trimarchi e Marco Comporti –, que teve a inegável pretensão de, cada uma na sua esfera, reconduzir todas as situações de responsabilidade objetiva às teorias por elas propostas, o que se apresenta, como se tem tentado demonstrar, um tanto artificial.

⁶⁸⁵ A este respeito, com o que se concorda integralmente, SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità Civile e Danno**, cit., p. 68, é categórico em afirmar que “non può seriamente ammettersi che un edificio o costruzione costituisca, in quanto tale, una particolare fonte di pericolo”.

⁶⁸⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità Civile e Danno**, cit., p. 68.

A relativa disparidade deve-se não apenas a uma diversidade de sistemas jurídicos, mas especialmente ao fato de que tais situações representam uma excepcionalidade no planeamento geral da responsabilidade civil fundada na culpa (sistema dito tradicional), tendo lugar nos casos em que a ordem jurídica possibilita que um indivíduo não direta e faticamente responsável pelo dano venha a ser chamado a responder pela sua reparação. Trata-se, pois, de nítida situação de responsabilidade indireta – em contraponto ao regime geral de responsabilidade direta ou pessoal – enquanto concretização de uma tendência ampliadora das situações de imputação de danos⁶⁸⁷.

Dita ampliação é que tem permitido uma mutação de regime das situações de responsabilidade por fato de terceiro, sendo possível, em qualquer dos sistemas sob comparação, chegar – se não de modo direto, ao menos sem grande esforço – a um regime de imputação objetiva com relação ao qual se poderá verificar alguma dificuldade quanto à delimitação do fundamento legitimador da responsabilização, em especial a partir das teorias que tradicionalmente foram construídas a explicá-las, o que na sequência se verá.

2.2.1 *Responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos sob sua guarda*

Seguindo a tendência do que sucede de maneira geral com as situações de responsabilidade civil por fato de terceiro, a que se impõe aos pais em decorrência do agir dos filhos incapazes (total ou relativamente, por idade ou enfermidade) tem historicamente se situado entre os regimes da culpa presumida e da imputação objetiva, sendo, entretanto, aquele no qual se verifica uma maior disparidade entre os regimes sob comparação.

Não há dúvidas de que, no seu nascedouro e a partir da sistematização moderna do direito civil, as situações assim agrupadas regiam-se por um sistema geral de matriz subjetiva que se materializava nas figuras da *culpa in vigilando* ou da *culpa in*

⁶⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado...**, cit., p. 828.

educando, conforme o caso. Ou seja, impunha-se o dever de indenizar por fato de terceiro a partir de construção fundada na caracterização de uma negligência pessoal do agente, a qual se manifestava por meio da não observância de um dever próprio de educação ou de vigilância em relação aos filhos menores sob sua guarda, de modo a impor aos pais a obrigação de reparar os danos por eles causados a partir de uma presunção da inobservância/violação destes deveres⁶⁸⁸.

Note-se que apesar de a obrigação de indenizar vir justificada na não observância de um dever pessoal do agente, aproximando a imputação da regra geral da culpa, operava-se já uma inversão do ônus probatório. Com isso, passa-se a presumir a violação dos deveres de vigilância ou de educação por parte dos pais em decorrência da simples causação de um dano pelo filho sob a sua guarda, com a possibilidade de liberação por meio da demonstração – mais ou menos cabal, conforme o sistema – da observância.

Nesta linha, cumpre assinalar que seja no Código Civil italiano de 1865 (artigo 1.153), seja no português de 1869 (artigo 2.379⁶⁸⁹), seja ainda no brasileiro de 1916 (artigo 1.521, inciso I⁶⁹⁰), a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores sob a sua guarda submetia-se inegavelmente ao regime da culpa, a qual, entretanto, vinha presumida pela lei em razão da relação havida entre os envolvidos, com a possibilidade da sua exclusão quando provada a não concorrência culposa daquele que detinha os deveres de vigilância ou de educação/correção.

Assim é que muito embora o resultado prático seja bastante próximo da responsabilidade objetiva, quanto mais porque a prova da *não culpa*, por vezes, apresenta-se bastante dificultosa, é notório concluir que, nestas situações, o

⁶⁸⁸ Segundo TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil...**, cit., p. 828, o surgimento da obrigação indenizatória residia no estabelecimento de uma presunção de violação de um dever de vigilância ou de escolha, admitindo-se, nos termos em que os sistemas foram originalmente concebidos – seja no *Codice Civile*, seja nos Códigos português e brasileiro – uma prova liberatória consubstanciada na demonstração de que não houve a violação dos referidos deveres.

⁶⁸⁹ Artigo 2.319. A menoridade não releva de responsabilidade civil; mas, se aquele que praticar o dano não estiver, por sua idade, sujeito a responsabilidade criminal, responderão civilmente por ele seus pais, ou responderá aquele, a cuja guarda ou direção estiver entregue o culpado, exceto se provarem, que não houve da parte deles culpa ou negligência.

⁶⁹⁰ Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia.

fundamento da imputação reside no mesmo lastro axiológico-dogmático que sustenta o regime geral da responsabilidade subjetiva.

Na atualidade é que se estabelece alguma dificuldade em demarcar o alcance das normas vigentes em cada um dos ordenamentos sob comparação, pois não obstante tenha-se firmado no Brasil a opção (legislativa) pela imputação objetiva, sem maior margem para dúvidas a respeito⁶⁹¹, a forma como a matéria vem regulada nos Códigos Civis português e italiano, por seguir uma tendência (na norma positivada) muito próxima daquela vigente nos Diplomas anteriores, tenderia a, a partir de uma leitura mais estreita, inclinar-se pelo regime de responsabilidade por culpa presumida justificado na violação de um dever (pessoal) de vigilância, educação ou correção⁶⁹².

Isso porque, ao contrário do Código Civil brasileiro, que expressamente afirma que mesmo a prova da ausência de culpa não exclui a responsabilidade nestes casos, os dispositivos legais italiano e português, respectivamente, afastam a imputação quando provada a impossibilidade dos pais de impedir o fato ou quando por eles demonstrado que adimpliram o seu dever de vigilância em relação ao filho menor ou que o dano teria ocorrido ainda que o tivesse adimplido. Em outras palavras, a viabilidade de exclusão da responsabilidade, em Portugal e na Itália, autorizaria a

⁶⁹¹ A imputação objetiva foi entendida como adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002 relativamente à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores sob a sua guarda não propriamente a partir de uma mudança do dispositivo em si que até então regulava a matéria, já que os artigos 1.521, inciso I, do estatuto revogado, e 932, inciso I, do vigente, têm a mesma redação. A alteração deu-se a partir da introdução de um dispositivo sem precedente no Código anterior (artigo 933), o qual expressamente estabelece que “[a]s pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa da sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Estas conclusões podem ser extraídas do estudo comparativo elaborado a partir do texto de ambos os diplomas e contido em BRASIL. **Código Civil**. Quadro Comparativo 1916/2002. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 223. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70309>>. Acesso em: 11 ago. 2015. Sufragando a tese de que a situação sob exame se submete a um regime de responsabilidade objetiva, a qual se mostra efetivamente inquestionável diante da regra do precitado artigo 933, CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, p. 205; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro...**, cit., p. 100; dentre outros.

⁶⁹² Dispõe o artigo 491 do Código português que “[a]s pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude de incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiros, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”. Já os artigos 2.047 e 2.049 do *Codice Civile*, na parte que interessam à comparação, estabelecem, respectivamente, que “[i]n caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere (Cod. Pen. 85 e seguenti), il risarcimento è dovuto da chi e tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto” e que “[i]l padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati (314 e seguenti, 301, 390 e seguenti) o delle persone soggette alla tutela (343 e seguenti, 414 e seguenti), che abitano con essi. (...) Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto”.

supor, ao menos a partir da letra da lei posta, que o regime continua sendo o da culpa presumida, isso em razão da prova liberatória prevista⁶⁹³, a qual não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante seja lícito supor que o intento dos referidos dispositivos – até pela data em que foram redigidos – fosse efetivamente estabelecer um sistema tradicional de responsabilidade subjetiva por culpa presumida, sendo assim ainda reconhecido pela doutrina dita tradicional⁶⁹⁴, não há como se desconsiderar o florescimento de uma linha de interpretação jurisprudencial restritiva do alcance destas hipóteses de exclusão, o que se verifica especialmente na Itália⁶⁹⁵, a aproximar o regime vigente da imputação objetiva.

Isso porque a reinterpretação do alcance da regra que estabelece como eximente a circunstância de não ter podido evitar o fato, no sentido de exigir uma prova cabal e irrefutável desta condição, tem limitado a sua viabilidade concreta de afastar a responsabilidade dos pais, que devem demonstrar ter não apenas vigiado, mas educado o filho de maneira tal que não se poderia supor a sua concorrência para o dano. Nesta linha interpretativa⁶⁹⁶, a prova liberatória deixa de ser negativa,

⁶⁹³ É certo que a margem liberatória é maior a partir da regra portuguesa quando comparada com a italiana, o que permitirá interpretações jurisprudenciais diversas, a viabilizar uma genuína tendência de objetivação em decorrência das diminutas possibilidades de exclusão de responsabilidade, como adiante se verá. Acerca do tema, SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 71, 1995, pp. 403 e ss.

⁶⁹⁴ VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., pp. 181-182. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, cit., p. 585. VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit. pp. 590-591.

⁶⁹⁵ Em Portugal, o entendimento doutrinário amplamente predominante deixa de elencar a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos dentre as situações de imputação objetiva, entendendo-a como por culpa presumida, consoante se infere, exemplificativamente, do planeamento proposto em MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 120 e ss.; no mesmo norte, GONZÁLEZ, José Alberto. **Responsabilidade Civil**, cit., pp. 195 e ss. Igual orientação pode ser encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, a qual tem reconhecido expressamente que “[a] responsabilidade decorrente do dito artigo 491 é culposa, por facto próprio, e não objectiva. (...) Aceita-se, sem dúvida, que a responsabilidade em apreço aqui - de pessoas obrigadas à vigilância - não é objectiva nem por facto de outrem, mas por facto próprio: é, tem que ser, culposa e por omissão ou incumprimento daquele dever. Simplesmente para a afastar cabe-lhes o ónus de provar que não incorreram em tal omissão ou incumprimento” (PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo n. 082450, rel. Cons. Joaquim de Carvalho, julgado em 22 nov. 1992, public. em **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, v. 421, 1992, pp. 420-425).

⁶⁹⁶ Ressalte-se que é uma interpretação preponderantemente jurisprudencial, a qual não está isenta de críticas doutrinárias, consoante se infere em VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., p. 183. Segundo a autora, a censura da doutrina estaria justamente na transmutação do fundamento da imputação que, segundo a sua interpretação do Código Civil, teria por base a culpa, ao passo em que a jurisprudência resta por

passando a se exigir não apenas a demonstração – tal qual aparentaria ser suficiente a partir de uma interpretação mais estreita do *Codice* – de não se ter podido impedir o fato, mas a comprovação de haver transmitido ao filho uma educação plenamente adequada e de haver exercido sobre ele uma vigilância igualmente adequada (prova positiva)⁶⁹⁷, criando-se um autêntico regime de responsabilidade agravada⁶⁹⁸.

O certo é que, nestas situações, mesmo nos regimes vigentes no Brasil e na Itália, nos quais é notória – com maior ou menor intensidade – uma tendência de objetivação da natureza da responsabilidade, justamente em decorrência das diminutas possibilidades de elidi-la, não há como se antever uma legitimação do vínculo obrigacional a partir de qualquer das construções teóricas desenvolvidas em associação ao risco (nas suas variadas acepções já analisadas).

Tanto que a doutrina tem sido bastante lúcida em reconhecer, em todos os sistemas sob comparação, que não é juridicamente viável antever especial perigo ou mesmo concreto risco (*stricto sensu*) agravado na relação de base que legitima a imputação de danos aos pais pelos atos dos filhos menores sob a sua guarda. Daí que, por esta razão, dita situação de responsabilidade agravada em razão de ato material de terceiro – seja por presunção de culpa (Portugal), seja por autêntica imputação objetiva (Brasil) ou que a ela se equivalha (Itália) – aparenta legitimar-se em uma noção, mesmo que evanescente, de garantia, a qual se justificada na preocupação com a reparação da vítima, encontrando neste intento o seu genuíno fundamento^{699 700}.

transferi-la a um dever geral de garantia voltado à tutela da vítima. Igualmente em tom de crítica, SALVI, Cesare. **La Responsabilità Civile**, cit., p. 186.

⁶⁹⁷ VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., pp. 181-182. É de se destacar, ainda, que o *Codice Civile*, inovando em relação ao seu antecessor de 1865, regulou com alguma diversidade a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos que sejam ou não imputáveis, na forma do artigo 2.046. Assim é que para os menores de tenra idade ou acometidos de doença psiquiátrica (regra do artigo 2.047), o fundamento da imputação aos pais seria, em último exame, a não observância do dever de vigilância, relegando-se a situação de responsabilidade por ato de filho menor imputável (artigo 2.048) à não observância do dever de correção e educação. A propósito, SALVI, Cesare. **La Responsabilità Civile**, cit., pp. 184-185.

⁶⁹⁸ Sobre o tema, GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 110. Além da referência bastante usual à designação *responsabilità aggravata*, o autor alude, ainda, ao recrudescimento jurisprudencial dos contornos do ônus probatório exigido para a liberação da responsabilidade, o que permite concluir no sentido da imposição de um dever bastante rigoroso, quiçá maior do que aquele originalmente previsto na lei e, por isso, conducente a um regime muito próximo da responsabilidade objetiva.

⁶⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado...**, cit., p. 932. No mesmo sentido, com referência expressa ao fato de que a responsabilidade imposta aos pais visa a proteger os terceiros que restem lesados em razão da atuação

Ao que se vê, é forçoso concluir que se tem com isso o aprofundamento da ideia de garantia subjacente na legitimação da imputação cuja centelha pode ser encontrada já na raiz do instituto na sua feição moderna, a partir da sistematização estabelecida pelo artigo 1.341 do *Code Civil*, mas que se consagra a partir de uma crescente preocupação com a vítima e com a necessidade de que não reste desprovida de reparação⁷⁰¹, a legitimar, por isso, em determinadas situações, um regime excepcionalmente agravado de imputação indireta. Tal constatação, sem prejuízo de vir ao encontro de preocupações semelhantes às que se encontram no substrato das teorias associadas ao risco, bem serve a demonstrar a aparente insuficiência destas a legitimar o dever – que tende a se objetivar – dos pais de responderem civilmente pelos danos causados pelos filhos menores sob sua guarda.

2.2.2 Responsabilidade do comitente

Seguindo no exame dos fundamentos que legitimam as diversas hipóteses de imputação objetiva decorrentes de atos de outrem, surge como referência importante aquela imposta ao comitente pelos atos dos comissários. Cumpre assinalar que, sob esta rubrica, estará englobada não apenas a comissão em sentido estrito ou mesmo as relações de trabalho ou emprego (por isso o não uso da designação

do incapaz, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 576. Também na Itália, acentuando a ideia de garantia sedimentada na possibilidade de o patrimônio familiar responder pelos danos em causa, SALVI, Cesare. **La Responsabilità Civile**, cit., p. 185; ainda, RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., p. 156 e ss. Aparentemente dissentindo da plena aceitação da garantia enquanto fundamento da responsabilidade, não obstante a reconheça como largamente invocada na situação em causa, MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 946, aludindo aos riscos típicos conexos ao menor decorrente da relação qualificada havida entre ele e seus pais, que se apresentam, desta forma, em situação mais idônea a prevenir o ato danoso. Com a devida vênia, a razão parece estar com a teoria que encontra o fundamento da imputação objetiva na ideia de garantia, o que decorre justamente da desnecessidade da verificação de qualquer risco inerente à atuação do menor.

⁷⁰⁰ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro**: Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9704-9703-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

⁷⁰¹ Esta preocupação materializa-se, do mesmo modo, na natureza solidária da obrigação havida entre os pais e entre eles e aqueles igualmente obrigados à vigilância (professores, tutores etc.) e enquadráveis em idêntico preceito normativo. Assim, GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 111.

responsabilidade dos empregadores pelos atos dos empregados⁷⁰²), mas toda atividade, serviço ou tarefa incumbida a alguém por outrem mediante relação de dependência ou controle, de modo a introduzir regramento com largo espectro prático de aplicação⁷⁰³.

A matéria vem regulada nos artigos 500⁷⁰⁴ e 932, inciso III, combinado com o artigo 933⁷⁰⁵, dos Códigos Civis português e brasileiro, respectivamente, bem como no artigo 2.049⁷⁰⁶ do *Codice Civile*. Em todos eles pode-se antever uma relativa homogeneidade entre os regramentos que, não obstante tenham sua inspiração nas figuras de culpa presumida (*in eligendo* e *in vigilando*) do artigo 1.384 do *Code Napoleon*⁷⁰⁷, contemplam, na atualidade, típicos regimes de imputação objetiva. A controvérsia a respeito da natureza da responsabilidade é inexistente em Portugal e no Brasil, diante da expressa menção das suas leis civis ao fato de que o dever de indenizar independe da culpa do comitente⁷⁰⁸; em Itália, ao seu turno, não obstante o

⁷⁰² Especificamente sobre o tema, ver MÚRIAS, Pedro Ferreira. **A responsabilidade por actos dos auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 37, n. 1, 1996, pp. 171 e ss.

⁷⁰³ Esta orientação – a qual pareceu adequada à ideia ampla de sistematização a que se propõe a presente parte da investigação – é largamente seguida pela doutrina portuguesa, consoante se infere em CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 601; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 365; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 640; GONZÁLEZ, José Alberto. **Responsabilidade Civil**, cit., p. 199; dentre outros. Igualmente pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, consoante se infere do teor do acórdão proferido no processo n. 08A164, rel. Conselheiro Alves Velho, j. em 04 mar. 2008, disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>, acesso em 08 out. 2015. Assim também no Brasil, consoante TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado...**, cit., p. 833; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, cit., v. IV, pp. 78-79.

⁷⁰⁴ Artigo 500.º Responsabilidade do comitente. 1. Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar.

⁷⁰⁵ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a IV do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁷⁰⁶ Art. 2049. Responsabilità dei padroni e dei committenti. I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle loro incombenze a cui sono adibiti.

⁷⁰⁷ ANGRISANI, Antonio. **La responsabilità dei padroni e dei comitenti**. In: STANZIONE, Pasquale (diretto da). **Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità Extracontrattuale**. Torino: CEDAM, 2012, v. II, p. 662. A partir de uma evolução história do instituto, o autor situa a sua introdução no *Code* em decorrência de elaboração atribuível a Bartolo de Sassoferrato, ainda no século XIV.

⁷⁰⁸ Em Portugal, dentre outros, MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 121; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 601; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, cit., p. 616; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 364. No Brasil, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil**

Codice não conte com idêntica e categórica afirmação no dispositivo de regência, o que poderia dar azo à continuidade da legitimação da obrigação na culpa presumida, o entendimento também se inclina para um regime de imputação objetiva⁷⁰⁹.

Constatada a natureza objetiva da responsabilidade em causa nas ordens jurídicas sob comparação, ponto de partida já um tanto facilitado se comparado àquele imposto aos pais pelos atos dos filhos (pela falta de uniformidade nos sistemas jurídicos italiano, português e brasileiro, conforme visto), cumpre aferir o fundamento de legitimação da dispensa da culpa, fundamento este, aliás, reconhecido como envolto num autêntico “enigma”⁷¹⁰.

A propósito, desde logo é de se assinalar que uma revisão bibliográfica permite inferir a existência de sensível divergência a respeito, com duas tendências bastante evidentes: de um lado, parcela considerável da doutrina entende suficiente a invocação do risco como fundamento da imputação; de outro, é possível encontrar entendimento mais alargado segundo o qual não é o risco em si (não obstante possa, por vezes, estar caracterizado), mas novamente a ideia de garantia – típica dos casos de responsabilidade por fato de terceiro – o genuíno elemento de legitimação da imputação sem culpa.

Interpretado..., cit., p. 832; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, cit., v. IV, p. 79; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa...**, cit., p. 211; DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil...**, cit., p. 647.

⁷⁰⁹ ALPA, Guido. **Diritto della Responsabilità Civile**, cit., p. 171; SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile e danno**, cit., p. 172; SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 192; GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 116. ANGRISANI, Antonio. **La responsabilità...**, cit., p. 662. Mesmo os autores que não são tão explícitos reconhecem que eventual persistência na referência à culpa *in eligendo* (presumida) tem uma natureza meramente textual que não impede a caracterização de um autêntico regime de imputação objetiva, justamente em razão da irrelevância da prova de que o comitente não concorreu culposamente para o fato (inviabilidade da prova liberatória); neste sentido, VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., p. 192. Consoante ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**, cit., p. 338, outro fator a legitimar ainda mais a superação da culpa presumida – sob a égide da qual a responsabilidade decorreria de culpa própria materializada na violação de um dever pessoal – e permitir a evolução rumo a uma imputação genuinamente objetiva está no fato de caber direito de regresso do comitente em face do comissário, antevendo-se, assim, regimes autônomos de responsabilidade (um regime interno, entre comitente e comissário, e outro externo, entre comitente e lesado, este sim de natureza objetiva). Também sobre o tema, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 364.

⁷¹⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana**. *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa*, v. XII, 1998, t. I, separata, p. 304 (297-311).

Quanto à primeira delas, os argumentos mais invocados tendem a fazer alusão ao benefício que o comitente retira da atividade incumbida ao comissário sob sua ordem (risco-proveito)⁷¹¹, o que implicaria na legitimação da imputação a partir da ideia de alocação dos riscos associados a um agir ou mesmo a um processo produtivo decorrente da assunção de uma iniciativa econômica⁷¹² (risco da empresa)⁷¹³.

O problema reside no fato de que o campo de incidência das regras em questão é amplo, não se restringindo, como dito, à relação de comissão na sua feição estrita ou mesmo às relações de trabalho ou emprego, as quais poderiam induzir em erro no que tange ao seu fundamento de legitimação, pois deveras associadas a alguma forma de organização (empresarial) ou mesmo de proveito propriamente dito em razão da atividade danosa⁷¹⁴. Daí que, em função disso, é de se reconhecer que a responsabilidade objetiva do comitente – ao menos na forma dos precitados artigos 500, 933 e 2.049 dos Códigos Civis português, brasileiro e italiano – não está condicionada a uma genuína relação de dependência empresarial ou mesmo de proveito econômico, sendo suficiente um encargo ou uma incumbência, inclusive em razão de cortesia ou parentesco⁷¹⁵.

Partindo de tal premissa, a qual se apresenta incontornável diante da amplitude da subsunção possível nas normas de regência, que não se aparentam limitadas à existência de um risco especial no agir do comissário e tampouco se

⁷¹¹ ANGRISANI, Antonio. *La responsabilità...*, cit., p. 663; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., p. 211. Ainda, CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. *A responsabilidade do comitente*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 48, 1988, pp. 88-88.

⁷¹² VISINTINI, Giovanna. *Cos'è la responsabilità civile*, cit., p. 192.

⁷¹³ GALLO, Paolo. *Introduzione...*, cit., p. 116; SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*, cit., p. 192; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, cit., v. IV, p. 78;

⁷¹⁴ Para tanto, basta que se verifiquem as linhas de fundamentação seguidas para a invocação do risco-proveito ou do risco de empresa, que seguem em uma associação por vezes reducionista entre a responsabilidade do comitente e a relação entre empregador e empregado que, não obstante abrangida, a ela não se resumem. Nesse sentido, DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 646; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., pp. 210-211. Dita associação é até mais comum na doutrina italiana, talvez pelo fato de o dispositivo de regência fazer menção à responsabilidade do patrão e do comitente, como se fossem idênticas ou representativas de uma mesma realidade, quando não o são (esta é juridicamente mais ampla do que aquela; daí porque o seu emprego na presente sistematização). Assim, ANGRISANI, Antonio. *La responsabilità...*, cit., pp. 663-664.

⁷¹⁵ ALPA, Guido. *Direitto della Responsabilità Civile*, cit., p. 171; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 647. Nesta linha, assinalando que à responsabilidade do comitente basta a existência de nexo causal entre o ato – ao final lesivo – praticado pelo comissário e a comissão, CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. *A responsabilidade do comitente*, cit., p. 97.

satisfazem com a invocação do brocardo *ubi commodum, ibi incommodum*, que se apresentar vago e indeterminado na presente situação⁷¹⁶, é possível inferir uma aparente insuficiência de tal fundamento de imputação – nas suas variadas acepções – para justificar a dispensa da culpa do comitente como elemento de legitimação do dever de indenizar⁷¹⁷.

Por isso a sobredita ideia de garantia (mesmo quando associada às noções de proveito ou organização que, não obstante, são acessórias) apresenta-se como a mais abalizada para a pretendida legitimação de um regime agravado de responsabilidade que se materializa na dispensa da culpa; garantia esta que decorre não propriamente da incumbência que é acometida ao comissário (ou do risco dela decorrente), mas da estreita relação havida entre ele e o comitente⁷¹⁸, a legitimar a sua responsabilidade no confronto com terceiros⁷¹⁹.

3 A (in)suficiência do risco como fundamento unitário da responsabilidade objetiva

Tendo em conta as premissas teóricas estruturadas a partir dos primeiros desenvolvimentos de ruptura com a dogmática absolutista da culpa, não há como se desconsiderar a inegável relevância do risco como critério de imputação de danos. E isso se materializa em uma importante gama de situações, dentre elas, por exemplo, as associadas à responsabilidade do produtor ou mesmo aquelas relacionadas à

⁷¹⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **A responsabilidade objectiva...**, cit., p. 304.

⁷¹⁷ TRIGO, Maria da Graça. **Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro**. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 407.

⁷¹⁸ Alias, segundo VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., p. 194, o fundamento da responsabilidade legitima-se propriamente nesta relação entre o dano e a incumbência atribuída pelo comitente, que se apresenta como inarredável pressuposto da *fattispecie* de imputação objetiva.

⁷¹⁹ Nesta linha, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 194, fala no princípio da garantia pelo fato do dependente, que ganha destaque, uma vez mais, na irrelevância de eventual prova liberatória relativa ao comportamento do comitente, tudo com recurso à ideia de ampliação da própria esfera de ação concretizada por intermédio da atividade de outrem. Com idêntica menção à ideia de garantia, mas associada a um nem sempre presente desenvolvimento de atividade arriscada – a qual, por isso, não parece ser a linha mais adequada de justificação da imputação – incumbida ao comissário, ALPA, Guido. **Diritto della Responsabilità Civile**, cit., p. 171.

exposição ao perigo (*stricto sensu*), com crescente e marcado relevo a verdadeiras cláusulas gerais alicerçadas em tal elemento.

Ocorre que por meio da verificação das situações concretas dispostas nos itens precedentes, que sequer tiveram a pretensão de esgotar todas aquelas submetidas a regimes de responsabilidade sem culpa – não obstante tenham um relevante potencial para representá-los –, resta reforçado o sentimento de insuficiência do risco, em qualquer das suas variações teóricas, enquanto fundamento unitário a legitimar a mais ampla multiplicidade de situações de imputação objetiva⁷²⁰, impedindo, desta feita, a estruturação de uma teoria geral a partir da sua invocação.

É bem verdade que a presente conclusão passa pela compreensão do que se pode entender por risco, sem prejuízo das mais importantes acepções teóricas a seu respeito antes tratadas, mas sempre com a perspectiva de que novas poderão surgir. Isso porque, com o intuito de erigi-lo a fundamento unitário da imputação sem culpa, inúmeras são as tentativas de alçar os seus contornos a termos tão latos que, em verdade, passam a ser materializados em uma noção quase que negativa, a qual mais aparenta vincular-se à ideia de não culpa⁷²¹.

A chancela desta interpretação revive a tentativa inicial que pretendia, com o intuito de sustentar a suficiência do regime geral de matriz subjetiva, reconduzir a um conceito expandido de culpa todas as situações de responsabilidade civil, mesmo aquelas nas quais isso se apresentava deveras artificial. E tudo na tentativa de, por meio do alargamento indevido do seu conteúdo normativo e do fornecimento de situações práticas um tanto próximas da imputação objetiva (como sucede nos casos de inversão do ônus da prova ou mesmo das presunções *iuris et de iure*), justificar-se a manutenção da hegemonia da culpa enquanto fundamento exclusivo (e excludente de todo e qualquer outro) da obrigação de indenizar.

⁷²⁰ Com aprofundamentos acerca desta insuficiência, ver SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile e danno**, cit., pp. 172-173.

⁷²¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 29. Assim conclui o autor fazendo alusão à doutrina de Yvone Flour, especialmente quando identifica que a acepção negativa antes aludida decorre, como dito, da questionável compreensão de que é responsável por risco todo aquele a quem, não obstante responsável, não se possa antever um ato culposos atribuível ao agente.

Ocorre que a complexidade assumida pelo instituto da responsabilidade civil – especialmente a partir do reconhecimento da insuficiência da culpa enquanto fundamento unitário e do florescimento de um emaranhado de previsões legais concretizadas a partir de vários critérios de imputação predispostos com o intuito de viabilizar um crescente número de regimes de matriz objetiva – demanda uma “discussão mais sofisticada” acerca da sua fonte de legitimidade, o que se mostra absolutamente incompatível com o recurso a soluções artificiais⁷²².

Neste diapasão, tendo em conta que a responsabilidade pelo dano pode ser imputável ao agente em situações nas quais não apenas não se verifica uma especial e agravada potencialidade de danos (v.g., responsabilidade do comitente) ou esta é irrelevante (v.g., responsabilidade pelos atos dos animais), mas mesmo em situações nas quais sequer se pode identificar uma concreta e imprescindível participação do agente (v.g., responsabilidade por *effusi et dejectis*), uma invocação generalizada ao risco parece apresentar-se, no mínimo, artificial.

Esta constatação já permite teorizar no sentido de que, em verdade, do ponto de vista da melhor técnica dogmática, é imprescindível reconhecer a diferença existente entre o que se pode chamar de responsabilidade objetiva – assim compreendida como aquela que não guarda relação como a necessária concorrência de um comportamento censurável do agente – e o que se poderia reconduzir a um grupo de situações associadas a uma especial periculosidade (em senso lato) de coisas, meios ou atividades, este sim passível de receber a denominação de responsabilidade pelo risco⁷²³.

⁷²² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., p. 29.

⁷²³ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **A responsabilidade objectiva...**, cit., pp. 305 e 308, nota 16. E o autor retoma, como exemplo incontestável desta conclusão, a responsabilidade do comitente que, de rigor, não é na essência uma imputação assente no risco, em razão da falta de identificação de um perigo agravado, não obstante tenha natureza objetiva. Seguindo esta linha, a genuína responsabilidade pelo risco (como é, por exemplo, aquela decorrente das regras contidas nos artigos 2.050, 493, n. 2, e 927, parágrafo único, respectivamente, dos Códigos Civis italiano, português e brasileiro) poderia ser entendida como espécie do gênero responsabilidade objetiva, esta sim formadora de uma categoria jurídica cujo fundamento unitário se persegue no presente momento; e, neste cenário, o risco ou o perigo aparecem como nexos de imputação e não como autênticas fontes de legitimação do dever de reparar danos.

Neste cenário é que se mostra intransponível o reconhecimento da dificuldade em se falar em um critério único de imputação alternativo à culpa que venha materializado apenas no risco⁷²⁴.

E esta constatação talvez seja a justificativa que levou muitos autores a sustentarem que não se afiguraria viável conduzir todas as situações de imputação sem culpa a uma ideia unitária que assim explicasse a responsabilidade objetiva⁷²⁵, afastando com isso, ao menos em tese, a possibilidade da construção de uma autêntica categoria jurídica. Daí que a tendência natural seria afirmar que a legitimidade da imputação objetiva se recolhe da sua tipicidade, fazendo com que a expressa previsão legal, mesmo que absolutamente fragmentária, pudesse justificar no caso a caso a dispensa da culpa⁷²⁶.

Parece, contudo, que a dogmática civilista tem mais a contribuir, apresentando-se, do mesmo modo, um tanto reducionista a alternativa da tipicidade. Em razão disso, por ora, apresenta-se mais oportuno refutá-la e permanecer apenas com a conclusão de que, com efeito, as teorias do risco mostram-se insuficientes a abranger, enquanto fundamento, todos os casos de imputação que se situam fora do regime da culpa⁷²⁷.

É inegável reconhecer que, de um modo ou de outro, a responsabilidade objetiva, rompendo com a lógica estreita do princípio da auto-responsabilidade – enquanto decorrência do voluntarismo oitocentista e, por conseguinte, corolário do direito delitual a partir dele estruturado – materializa uma incontestável vantagem sobre o prisma da tutela do lesado⁷²⁸, mesmo que, nestas situações, nem sempre seja possível antever um especial agravamento de risco enquanto potencialidade de causar danos. Trata-se, pois, de um indício de grande relevo na busca por um fundamento uniforme de legitimação.

⁷²⁴ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**, cit., p. 305

⁷²⁵ SERRA, Adriano Vaz. **Fundamento da responsabilidade civil**, cit., p. 22.

⁷²⁶ Em outras palavras, a fragmentariedade da tipicidade reconduziria a uma insuficiência não apenas do risco, mas de qualquer outro critério necessário à sua legitimação, que decorreria da própria letra da lei. Sobre o tema, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **A responsabilidade objetiva...**, cit., p. 304.

⁷²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos...**, cit., p. 46.

⁷²⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **A responsabilidade objetiva...**, cit., pp. 307-308.

Ocorre que a teoria do risco, mesmo na sua dimensão mais lata, não é apta a exprimir, como visto, um verdadeiro e próprio critério unitário de imputação da responsabilidade para além da culpa, limitando-se a apresentar algumas fórmulas descritivas, desprovidas, por isso, de valor sistemático e incapazes de exprimir/materializar com plenitude todos os critérios de imputação predispostos para dar respostas para além do regime sintetizado pela culpa⁷²⁹.

Daí que, imbuído destas conclusões, o exame das mais variadas situações de imputação objetiva – com especial destaque àquelas de cunho mais geral, tanto que reguladas pelo próprio Código Civil – permitiu não apenas ratificar o sentimento até então empírico de insuficiência do risco, como serve para fornecer algumas pistas acerca de fundamentos outros que, pela sua abrangência mais alargada, poderiam conduzir à construção de um lastro de legitimação uniforme para a responsabilidade objetiva.

E o ponto de contato entre estas ditas “pistas” – corporizadas, em verdade, em princípios que não são de todo estranhos à aplicação do direito civil – está exatamente na essência da responsabilidade civil objetiva enquanto mister, qual seja, a ideia de necessidade de tutela do lesado. Tal, contudo, a fim de que seja legítimo, deve-se dar dentro de uma margem de legitimidade segura⁷³⁰, sob pena de, com invocação a argumentos assistencialistas, fugir do escopo normativo que se espera da estruturação dogmática de uma categoria jurídica, tal qual se pretende a responsabilidade objetiva.

Por isso a imprescindibilidade de analisar cada uma destas invocações que, por serem frequentes, precisam ser avaliadas na capacidade de se converterem em fundamento de legitimação, na sua real essência.

⁷²⁹ CARINGELLA, Francesco. **Studi di Diritto Civile**. Milano: Giuffrè, 2007, v. 3, p. 14.

⁷³⁰ GALVÃO, Sofia de Sequeira. **Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito português**. A propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação. Lisboa: AAFDL, 1990, pp. 44-45.

§ 2º FUNDAMENTOS ALTERNATIVOS À LEGITIMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Constatada a insuficiência do risco para fins de legitimar a responsabilidade objetiva como um todo (assim entendida enquanto regime geral), não obstante constitua-se, quiçá, no mais frequente nexo de imputação das várias situações legalmente estabelecidas, é de se buscar a satisfação de tal intento em fundamento mais alargado.

Isso se justifica porque a histórica fragmentariedade que marcou – e ainda marca – o seu tratamento legislativo permitiu a predisposição de uma variada gama de situações postas sob um mesmo regime, de modo que apenas um fundamento mais alargado poderá fazer as vezes de legitimador de um pretense regime geral a ser estruturado a partir da responsabilidade objetiva enquanto categoria jurídica.

Nesta linha é que três princípios podem ser identificados como, em tese, ligados de algum modo à imputação de danos e à consecução dos fins esperados da responsabilidade civil objetiva⁷³¹. Exatamente por isso é que poderiam ser capazes de se habilitarem a constituir fundamento do dever de indenizar para além das situações legitimadas na culpa.

O exame da pertinência ou não de cada uma destas alternativas predispostas pela jurisprudência e pela doutrina bem permitirá, em uma perspectiva atual e alargada, para além do estigma inerente a uma vinculação absoluta entre responsabilidade objetiva e risco, aferir a viabilidade de se encontrar um fundamento

⁷³¹ As hipótese que, na sequência, passam a ser examinadas são atribuídas a SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile...**, cit., p. 46-48, que fala, respectivamente, nos princípios do risco, da equidade e da prevenção, sem prejuízo, ainda, do princípio da solidariedade, com igual potencial para o fim ora buscado. Igualmente, com especial alusão aos princípios da solidariedade e da prevenção como princípios gerais da responsabilidade civil, o que autorizaria a hipotisar qualquer um deles como possível fundamento de legitimação do surgimento de um dever de indenizar, FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 47 e ss.

uniforme de legitimidade para a imputação e, a vista disso, poder-se pretender um regime unitário de estabelecimento do vínculo obrigacional.

1 O princípio da equidade

O primeiro dos fundamentos que se apresenta como carecedor de uma análise mais acurada com vistas a identificar uma possível legitimação uniforme da imputação objetiva de danos é o princípio da equidade.

E isso exatamente tendo em conta a necessidade de um fundamento que, ao mesmo tempo, mostre-se mais alargado do que o risco propriamente dito – que se revelou apenas critério de imputação – e com algum conteúdo teórico já desenvolvido, inclusive por diversos ramos das ciências sociais aplicadas, como ocorre com a equidade.

Examinar o seu conteúdo⁷³², a sua relação com a responsabilidade civil e as suas possibilidades num espaço de legitimação do dever de indenizar para além da culpa é, pois, medida que se impõe no caminho investigativo proposto.

⁷³² A temática é riquíssima e profunda. Daí que, por certo, qualquer abordagem que possa vir a receber no curso da presente investigação será, no mínimo, simplista, tendo em vista todos os desenvolvimentos possíveis (inclusive distintos), a partir das variadas escolas que lhe dispensaram especial atenção. Contudo, o estudo restaria incompleto e, quiçá, de algum modo descontextualizado se não fossem tecidas algumas considerações acerca da noção de equidade que se pretenda invocar enquanto fundamento da responsabilidade civil, especialmente na sua feição objetiva. Por isso é que as considerações de cunho geral a serem postas tenderão a conectarem-se com o que interessa ao exame da imputação de danos. Sem prejuízo, pela síntese que contém e pela profundidade que desenvolve, fica a referência a estudo que serviu de base a algumas das considerações que se seguirão; assim, PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da equidade (fragmentos)**. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28733/1/DA%20EQUIDADE.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2016.

1.1 *Equidade e responsabilidade civil*

Não é recente a associação entre equidade e imputação de danos, podendo-se antever a sua gênese já no direito romano, antes mesmo do desenvolvimento das centelhas que redundariam, séculos depois, da estruturação e na consagração absoluta do princípio da culpa. Neste cenário, a equidade veio concebida enquanto fundamento – mesmo que indireto – da possibilidade de impor a terceiro a obrigação de assumir os ônus dos prejuízos suportados por outrem⁷³³.

Dita realidade tende a se alterar sobremaneira com todos os desenvolvimentos relacionados ao reconhecimento da culpa que, após diversos séculos de elaboração, deságuam na redação do artigo 1.382 do Código Civil francês e de toda uma geração talhada pela codificação oitocentista, nas suas três sistemáticas. E a posição por ela assumida enquanto autêntico fundamento de legitimidade da imputação tendia, assim, por obscurecer a importância de qualquer recurso à equidade para este fim, salvo em algumas situações de ajuste da indenização devida, quando já reconhecido o dever de reparar⁷³⁴.

Até mesmo porque os influxos positivistas incorporados pelo direito civil a partir deste momento, de modo a antever no Código Civil a sua manifestação exclusiva e excludente, tenderiam mesmo a incompatibilizar o recurso à equidade – já enquanto manifestação da justiça no caso concreto – para fins de justificação do dever de indenizar que, neste ambiente, decorria da vontade livre do indivíduo juridicizada pelo preceito legal de regência (no caso, a célebre cláusula geral que, num primeiro

⁷³³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos...*, cit., p. 34.

⁷³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos...*, cit., p. 37. A este respeito, destaca a autora a importância do reconhecimento posterior do princípio *neminem laedere* que, ao se colocar entre as noções de equilíbrio e de culpa, irá influenciar de modo vivo toda a problemática da responsabilidade civil – mas sob o viés da imputação já como violação de uma norma de conduta (de não fazer mal a ninguém) – e se revelar enquanto norte da ordem social, de modo a incorporar-se às instâncias metajurídicas.

momento, tendeu a replicar-se no direito continental, vendo a sua soberania abalada pela proposta metodológica consagrada, quase cem anos depois, pelo BGB)⁷³⁵.

Como tudo na ciência jurídica vem marcado por ciclos, as novas necessidades reveladas pelas profundas mudanças econômicas e sociais verificadas a partir do fim do século XIX reavivaram a retomada da ideia de equidade enquanto fundamento da responsabilidade civil, especialmente tendo em conta que a reparação passa a ser uma vez mais reconhecida enquanto uma necessidade inerente aos novos ideários de justiça então vigentes.

Justamente nesta perspectiva – e tendo em vista que os ideários antes aludidos vêm relacionados a situações de responsabilidade sem culpa – é que se impõe analisar a viabilidade jurídica da equidade enquanto fundamento uniforme de um regime geral de imputação objetiva. Antes, porém, oportuno que se demarque o seu conteúdo, especificamente relacionado à sua interface com a responsabilidade civil, para que, então, examine-se a forma como possa desenvolver este mister e as suas suficiência e efetividade.

1.1.1 Por uma noção de equidade

A invocação da equidade perpassa de modo muito marcante a experiência jurídica como um todo, constatando-se alguma variação no seu conteúdo ao longo dos tempos⁷³⁶. Presente já no direito romano, veio a se desenvolver a partir da noção de

⁷³⁵ Acerca da influência da equidade no direito civil codificado, especialmente no que tange ao que denomina de gestão do seu “espírito rebelde”, ver PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da equidade...**, cit., p. 08.

⁷³⁶ Segundo MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 173, esta oscilação ao longo dos tempos, no sentido de adaptar o seu conteúdo aos ditames de cada momento histórico, político e filosófico, permite destacar que a equidade constitui-se em um conjunto de princípios intrínsecos, de maneira a representar a substância jurídica da humanidade conforme a sua natureza e o seu fim, sendo imutável na essência, porém adaptável à diversidade dos tempos e dos locais em que se concretiza. De igual modo, assinalando não apenas a complexidade e a mutação do conteúdo de equidade, mas a extrema dificuldade de se apontar uma noção unívoca, ver FRADA, Manuel Carneiro da. **A equidade (ou a ‘justiça com o coração’)**. A propósito da decisão arbitral segundo a equidade. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 72, n. 1, (109-145), jan./mar. 2012, p. 111.

epicikia recebida da experiência grega e representativa da ideia de equilíbrio e de harmonia⁷³⁷.

Assim, a partir de uma conotação inicial muito próxima do conceito de justiça, sendo ambos empregados em sentido praticamente idêntico, verifica-se uma concretização dotada de alguma autonomia⁷³⁸, não obstante inter-relacionada, que vem marcada pela preocupação “de uma justiça fundada na igualdade, na conformidade do próprio princípio jurídico e em respeito aos direitos alheios”. Parte-se, portanto, na atualidade, de um conceito associado às peculiaridades especiais de cada caso concreto, no sentido de se atingir aquilo que for bom e justo em uma situação determinada⁷³⁹.

Nestas circunstâncias, a equidade vem concebida enquanto verdadeiro padrão de justiça⁷⁴⁰, que se pode manifestar tanto por meio do reconhecimento de uma função corretiva, tendente a adequar o preceito abstrato ao caso concreto por meio da sua medida flexível⁷⁴¹, quanto, em uma acepção dita mais “radical” (que se materializa por intermédio de uma aplicação direta), pela solução decorrente da “justiça do caso concreto”⁷⁴².

Sem prejuízo destas demarcações, é de se consignar que as principais dificuldades inerentes à delimitação de um conteúdo mais ou menos preciso de

⁷³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos...**, cit., p. 34, nota 8. Segundo a autora, o termo equidade representa, na sua gênese, uma ideia de relação harmoniosa entre o todo e as partes, a impor a satisfação de uma exigência de justiça nas situações em que constatada a sua violação, tal qual sucede nas hipóteses associadas à responsabilidade civil.

⁷³⁸ Partindo-se de uma visão aristotélica, tem-se que enquanto a justiça é medida genérica e abstrata, pois precisa, de algum modo, mostrar-se suscetível de aplicação a todas as situações, a equidade “é a justiça no seu dinâmico ajustamento ao caso”, mostrando-se concreta e específica; por isso é que a equidade é considerada uma forma de justiça ou, em palavras mais precisas, a justiça em um dos seus momentos (na aplicação do caso concreto). Sobre o tema, REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 17ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 123.

⁷³⁹ SILVA, Oscar J. de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. II, p. 180.

⁷⁴⁰ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da equidade...**, cit., p. 03.

⁷⁴¹ FRADA, Manuel Carneiro da. **A equidade...**, cit., pp. 112-113. Ainda segundo o autor, esta capacidade de adaptação da equidade e a sua representação enquanto medida de justiça permite designá-la a “medida das medidas”. Igualmente, PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da equidade...**, cit., p. 05.

⁷⁴² CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 3reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1199. Como forma de representar esta acepção, em outras palavras, o autor refere a possibilidade de “enquadrar o caso concreto, sem auxílio”, ou seja, a invocação direta da regra de equidade para solucionar a situação dada sem a necessidade de o fazer subsidiariamente ou como via de temperança de uma regra específica.

equidade⁷⁴³, especialmente no que pode interessar à responsabilidade civil, decorrem, antes de tudo, do grande uso de remissões metajurídicas, que remetem a conceitos como moral, direito natural, direito justo ou mesmo boa-fé (não obstante todo o conteúdo dogmático que estes conceitos encerram). E as objeções que podem ser opostas ao emprego demasiado de tal recurso estão no fato de que, pela sua baixa capacidade de agregar ao conteúdo específico da equidade um critério material, termine por dar-lhe uma mera “capa formal”, sem uma genuína capacidade de integração ou de complementação⁷⁴⁴.

Toda esta ductibilidade conceitual permitiu que se viesse a aludir, diante da sua inegável associação à ideia de justiça, a uma “equidade baseada no sentimento”, o que, não obstante se apresente um tanto genérico, bem serve a indicar o seu intento integrador por meio da conexão entre o caso concreto e as regras e os valores a ele inerentes, de modo a não exigirem, pela sua própria natureza, uma preocupação em estabelecer normas de cunho generalizante. Daí porque reconhecer e assinalar, ao mesmo tempo, um elevado grau de subjetividade na sua concreção que, contudo, objetiva-se e, por isso, afasta-se do arbítrio, porquanto não está adstrito ao foro interno daquele que opera o conceito em tela⁷⁴⁵.

A demarcação do conteúdo da equidade implica, de igual sorte, um exame mais acurado da noção de igualdade, que lhe é ínsita, porquanto a justiça por ela materializada é, também, uma forma de expressão ética desta igualdade. Ora, se a liberdade está na base do fundamento do direito, a igualdade é-lhe complementar, pois somente haverá concretização da justiça por meio da equidade se liberdade e igualdade estiverem, ambas, sopesadas. Desta feita, em feliz síntese, afirma-se que “é o princípio da igualdade ajustada à especificidade do caso que legitima as normas de equidade”⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Para este mister, antes de mais, cumpre diferenciar existirem duas acepções para a ideia de equidade: uma em sentido jusfilosófico e, outra, técnico-legal, sendo que é sobre esta que se fundam os desenvolvimentos associados aos conceitos jurídicos correlatos, dentre eles os associados à boa-fé e à responsabilidade civil. Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé...**, cit., p. 1199; ainda, PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da equidade...**, cit., p. 04, nota 06.

⁷⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé...**, cit., p. 349 e p. 1199.

⁷⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé...**, cit., p. 365 e pp. 1202-1204.

⁷⁴⁶ REALE, Miguel. **Lições...**, cit., pp. 123 e 125.

Mesmo tendo em conta as ponderações postas e sem prejuízo de alguma delimitação que a partir delas seja possível estabelecer, deve-se reconhecer que a equidade é ainda hoje entendida como um “conceito evanescente”, sendo invocável mais propriamente como qualificadora de uma decisão do que como pressuposto ou fundamento em si mesmo considerado. Contudo, toca valorá-la – ainda na seara da responsabilidade civil e como possível fonte de legitimidade do vínculo obrigacional decorrente do dano juridicamente relevante – enquanto modo de fazer justiça para além das fronteiras estabelecidas pelo sistema jurídico positivo⁷⁴⁷.

E, nesta linha de desdobramento, partindo-se de um preceito geral de justiça comutativa que se materializa por meio de um critério de igualdade retributiva enquanto proporção aritmética entre os interesses em jogo⁷⁴⁸, constata-se a necessidade de adaptação deste mesmo critério geral a situações especiais. Situações estas que, aliás, deveriam ser avaliadas a partir de um preceito de justiça distributiva, o qual guarda, de algum modo, intrínseca relação não apenas com a noção de equidade, mas também com aquela de responsabilidade objetiva.

Esta poderia ser, por isso, uma possível linha de fundamentação de legitimidade que carece de ser mais bem analisada.

1.1.2 Equidade e justiça distributiva

Como alternativa à necessidade de atender a falhas de igualdade no processo de concretização da equidade, passa-se a antever, em paralelo a um regime geral de justiça comutativa, uma genuína justiça distributiva que, contrariamente à

⁷⁴⁷ FRADA, Manuel Carneiro da. **A equidade...**, cit., p. 119. Neste particular, como assinala CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé...**, cit., pp. 1202-1205, a equidade manifesta-se por meio de fatores extrassistemáticos e, quiçá, extrajurídicos, o que pode ser considerado, em última análise, como uma concreção à revelia do direito estrito (assim entendido enquanto sistemático); por isso, não se legitima na autoridade dos seus fundamentos ou, nas exatas palavras do autor, “prescinde da autoridade particular das proposições juspositivas”.

⁷⁴⁸ REALE, Miguel. **Lições...**, cit., p. 124. Neste particular, fala-se na necessidade de se considerarem não apenas relações entre iguais e, por isso ditas representativas de uma proporção aritmética, mas também relações sociais que se estabelecem entre os indivíduos e o todo ou, em palavras mais precisas, entre a coletividade e os seus membros que, pela particularidade que encerram, exigem um modelo de justiça diverso daquela dita comutativa.

primeira, por envolver as relações bilaterais entre a comunidade e os seus membros, desenvolve-se em uma proporção geométrica, por meio do alcance a cada um conforme as suas necessidades⁷⁴⁹.

A equidade, nesta linha, acaba por representar o momento dinâmico por meio do qual os preceitos de justiça são concretizados nas suas múltiplas formas⁷⁵⁰, podendo ver-se materializada por intermédio de uma valoração distributiva⁷⁵¹. Daí que a então dita justiça distributiva, em uma noção ampla que transcende a ciência jurídica, pode ser entendida como “um constructo relacionado à maneira como as pessoas avaliam as distribuições de bens positivos ou negativos na sociedade”⁷⁵²; já a partir de um paradigma jusfilosófico, como a “distribuição das honras, riquezas e demais bens suscetíveis de serem repartidos entre os membros da comunidade política”⁷⁵³

Na acepção aristotélica, a justiça manifesta-se por meio de uma faceta retributiva, assim entendida como a resposta sancionatória para a violação jurídica, de uma faceta compensatória, relacionada aos prejuízos decorrentes desta violação, e de uma faceta distributiva, voltada à repartição de encargos e benefícios no corpo social a partir de uma ponderação entre ônus e bônus associados a bens e recursos⁷⁵⁴.

Verifica-se, assim, pelo todo já tratado no curso da presente investigação, que as duas primeiras facetas bem se relacionam com o regime geral de responsabilidade subjetiva, nela encontrando, de algum modo, correspondência. O

⁷⁴⁹ REALE, Miguel. **Lições...**, cit., p. 124

⁷⁵⁰ REALE, Miguel. **Lições...**, cit., p. 125

⁷⁵¹ A temática da justiça distributiva recebeu atenção de variadas disciplinas e, mesmo quando tomada na sua abordagem tradicional, de diversos pensadores ao longo do seu desenvolvimento. Considerando que um apanhado de todo este processo implicaria a necessidade de uma investigação autônoma, diante dos seus diversos desdobramentos e implicações, permita-se, neste particular, reenviar à síntese contida em ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. **Responsabilidade Civil e Justiça Distributiva** (dissertação de Mestrado). Orientador: Prof. Doutor Paulo Luiz Neto Lôbo. Recife: Universidade Federal de Pernambuco/Programa de Pós-Graduação em Direito, 2003, pp. 90-97, item designado “Justiça Distributiva – de Aristóteles a Rawls”.

⁷⁵² SAMPAIO, Leonardo Rodrigues; CAMINO, Cleonice P. Santos; ROAZZI, Antonio. **Justiça distributiva: uma revisão da literatura psicossocial e desenvolvimentista**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 14, n. 4, pp. 631-640, out./dez. 2009, p. 632.

⁷⁵³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 25.

⁷⁵⁴ SANTA HELENA, Eber Zoehler. **Justiça distributiva na teoria de justiça como equidade de John Rawls**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 178, pp. 337-346, abr./jun. 2008, p. 338.

desenvolvimento da terceira, ao seu turno, seria preponderantemente operacionalizado justo pela responsabilidade objetiva, o que autorizaria a elucubrar, portanto, residir o seu fundamento em uma concretização da equidade.

Em decorrência disso, a equidade materializada por intermédio de um juízo de justiça distributiva restaria por assegurar a observância do equilíbrio social⁷⁵⁵, constituindo-se, assim, em manifestação intra e extrassistemática da necessidade de se atender a preceitos que, na situação concreta (mais ou menos alargada), demonstram a insuficiência das regras de imputação lastreadas no princípio da culpa.

Em assim sendo, se a equidade dá corpo à noção de justiça enquanto equilíbrio, que restaria violada pela verificação de um dano não consentido produzido na esfera jurídica de terceiro e desprovido de reparação, o primado de justiça distributiva dela decorrente poderia legitimar a partilha dos encargos por meio de um regime geral de responsabilidade objetiva, mais alargado, portanto, que aquele tradicional, de matriz subjetiva.

Assim é que, por intermédio da sua ligação com a justiça distributiva, o princípio da equidade converter-se-ia em fundamento da responsabilidade relacionada a situações não subsumidas no ato ilícito, nas quais mais do que uma resposta (enquanto reação) ao agir do lesante, busca-se restabelecer o equilíbrio violado em razão da causação do dano por meio da equânime distribuição dos ônus a ele associados. Em outras palavras, passar-se-ia a idealizar a fonte de legitimidade de todas as situações de responsabilidade em uma genérica exigência de equidade, de modo a atribuir-se à construção judicial o poder de valorar quando seria cabível um dever de indenizar⁷⁵⁶, seja de modo amplo (com ampla liberdade ao juiz), seja de modo específico, a partir das situações prefixadas em lei como submetidas a um regime de imputação objetiva.

A justificativa para tal associação decorreu exatamente dos questionamentos vivamente postos já nas primeiras décadas do século XX acerca da

⁷⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos...**, cit., p. 44. No mesmo sentido, com uma associação entre justiça e equilíbrio jurídico, especificamente no que toca aos debates envolvendo as mudanças sofridas pela responsabilidade civil, JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Trad. Raul Lima. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 38, fasc. 456, pp. 52-63, jun. 1941, p. 54.

⁷⁵⁶ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 28-30.

inobservância de preceitos gerais de justiça em razão da aparente insuficiência das soluções de imputação baseada na culpa. Diante de uma nova realidade econômica e social já tantas vezes referida, questionava-se acerca do atendimento, ou não, dos mais caros preceitos de justiça quando se deixava, por exemplo, o empregado ou a vítima do acidente ferroviário desprovidos de reparação apenas porque, consoante os padrões voluntaristas até então vigentes, não lhes havia sido possível demonstrar a efetiva concorrência culposa do responsável pela atividade danosa, não obstante houvesse outros valores que, à luz da equidade, induzissem na imposição de um dever de indenizar.

Passa-se com isso a questionar a inobservância dos preceitos de justiça (distributiva) quando, no caso concreto, ao exato gosto da equidade, são aceitas as construções jurídicas segundo as quais, decorrendo os infortúnios em causa de “obra do destino”, caberia àqueles que os sofreram suportar os ônus deles decorrentes⁷⁵⁷. E isso tudo sem prejuízo de que tal imposição de ônus à vítima implicasse em desequilíbrio social e fosse possível identificar pessoas – físicas ou jurídicas, singulares ou coletivas – mais proximamente a elas conectadas e em melhores condições cognitivas, causais, sociais e econômicas de suportar estes ônus ou a eles fazer frente em razão do desenvolvimento de uma determinada atividade.

Ora, se à justiça distributiva compete a repartição entre os membros da comunidade social dos bônus e dos ônus decorrentes da vida de relação⁷⁵⁸, é notória a associação do seu conteúdo com as teorias fundadas na socialização dos riscos e na distribuição dos danos. Daí que se mostra relevante o exame da sua interface e, à vista disso, a possibilidade, ao menos em tese, de se chegar a alguma conclusão quanto à sua utilidade enquanto fundamento da responsabilidade civil objetiva.

⁷⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos...**, cit., p. 44.

⁷⁵⁸ ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. **Responsabilidade civil...**, cit., p. 95.

1.2 Equidade, equilíbrio social e imputação objetiva

A partir das considerações de cunho geral que até aqui tiveram espaço, cumpre mais atentamente compatibilizá-las com os propósitos da responsabilidade civil objetiva, tudo no intuito de, analiticamente, aferir se a equidade tem potencial para representar autêntico fundamento – assim entendido enquanto razão que justifica e pela qual se estabelece⁷⁵⁹ – do regime geral que se intenta propor e, por conseguinte, da sua conformação enquanto categoria jurídica.

Neste aspecto, assume especial relevância a ponderação do equilíbrio social enquanto concretização da equidade por meio da justiça distributiva, analisando de que modo a distribuição dos danos pode guardar relação com a busca de um fundamento de legitimidade uniforme para a responsabilidade objetiva.

1.2.1 Responsabilidade civil, distribuição dos danos e o papel da equidade

À vista de todas as ponderações postas no item precedente, deve-se reconhecer que é sedutora a invocação da equidade enquanto fundamento da responsabilidade objetiva, nomeadamente na sua faceta de concretização da justiça distributiva, que bem se aproxima das preocupações e dos anseios que motivaram os debates iniciais quanto à superação do princípio da culpa.

Neste particular, não se pode desconsiderar que as primeiras construções tendentes a estruturar uma imputação civil para além das situações em que demonstrada a ocorrência de uma conduta danosa, ilícita e culpável praticada por agente determinado vinha exatamente lastreada no sentimento de “injustiça” que emergia da ausência de respostas por parte do regime geral de matriz subjetiva aos casos de acidente do trabalho. Aliás, o discurso de legitimidade da imputação naquelas situações veio recheado de invocações que remetem à equidade na sua faceta de

⁷⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos...**, cit., p. 31.

concretização da justiça distributiva⁷⁶⁰, o que, por meio das posteriores construções desenvolvidas a partir da noção de risco (nas suas diversas variantes), veio a agregar fundamento dogmático autônomo e inovador que, na atualidade, como visto em momento precedente, já não mais se apresenta suficiente a englobar a totalidade dos casos de responsabilidade objetiva.

Ocorre que para que se possa chegar a alguma conclusão sobre a suficiência da equidade em si enquanto fundamento da imputação de danos, deve-se ter em vista a totalidade do fenômeno jurídico subjacente à forma como ela opera no direito civil. Ou seja, deve-se compreender que os preceitos equitativos e a operacionalização de uma função distributiva a eles inerentes não são privilégios exclusivos da responsabilidade objetiva, perpassando a disciplina privatística nos seus mais variados segmentos, mas, de regra, sempre com uma função e um modo de agir muito peculiares.

Não obstante não tenha o seu conteúdo definido de modo rigoroso para fins de aplicação ao direito civil, de regra, é rica a sua invocação – no mais das vezes por meio da referência não à equidade em si, mas a “juízos de equidade” – associada a determinações quantitativas, sem prejuízo de que, em situações muito pontuais, possa assumir um papel menos subsidiário⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ Tal é o que se extrai de modo muito claro da doutrina de JOSSERAND, Louis. **Evolução...**, cit., p. 54, um dos idealizadores da expansão da responsabilidade objetiva, quando, na tentativa de legitimá-la, assevera que “quando um acidente provém, em que à vítima nada se pode censurar, por haver desempenhado um papel passivo e inerte, sentimos instintivamente que lhe é devida uma reparação; precisamos que ela a obtenha, sem o que nos sentiremos presos de um mal estar moral, de um sentimento de revolta; vai-se a paz da nossa alma”. E prossegue o autor, na mesma linha e num tom até emocional, parecendo fazer invocação indireta à equidade quando afirma que “[q]uem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima de um acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem no seu lar? Ninguém, tenho a certeza. Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico”.

⁷⁶¹ O mais vivo exemplo desta invocação é a indenização equitativa devida em caso de danos praticados em estado de necessidade, referência que se encontra presente nos Códigos Civis italiano (artigo 2.045), português (artigo 339, n. 2) e brasileiro (artigos 929 e 930, na forma do artigo 188, inciso II). A invocação à equidade faz desta hipótese (que pode ser tida como uma situação de imputação objetiva) um autêntico *minus* se comparada com o normal ressarcimento, já que a prestação devida não obrigatoriamente representará a exata medida do prejuízo sofrido; sobre o tema, SALITO, Gelsomina. **Le cause di giustificazione**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, p. 447, nota 77, com referência à jurisprudência da Corte de Cassação neste sentido. Por vezes, contudo, o que é feito apenas em situações pontuais, a mesma equidade pode vir invocada pela lei para relegar ao julgador uma maior possibilidade de valoração e, bem assim, de resolução de conflitos, nos moldes, *v.g.*, do que sucede com

Especificamente no seu campo operativo, a equidade vem compreendida como fonte mediata da construção jurídica, de modo a agregar não propriamente força vinculativa à decisão em si – tal qual sucede no *common Law*, com a atribuição de autoridade específica vinculada (*binding authority*) às demais subsequentes – mas às razões de conveniência, de oportunidade e de concretude da justiça, justamente em decorrência da ideia de que o julgador não está adstrito, nas situações em que o princípio de apresenta invocável, a critérios rigorosos estabelecidos em lei⁷⁶².

Assim é que o recurso à equidade somente seria pleno se permitisse a resolução do caso concreto a partir dele próprio, em observância e a partir do sentimento decorrente da situação posta⁷⁶³, o que não se mostraria útil ou mesmo legítimo à vista de um sistema legalmente bem estruturado de imputação objetiva, tal qual o atualmente vigente nos países de tradição jurídica continental.

Tendo em conta os delineamentos teóricos até então desenvolvidos, é possível perceber que, sem prejuízo de certo grau de relevância empírica ao discurso estruturado com vistas à legitimação de um dever de indenizar, a equidade enquanto fundamento da responsabilidade objetiva tenderia a manifestar-se por meio da não infrequente expressão *richesse oblige*. Através desta invocação, em claras palavras, justificar-se-ia a possibilidade de que o dano fosse atribuído a quem tivesse as condições mais favoráveis para suportar os ônus dele decorrentes, partindo-se, para tanto, de um ponto de vista precipuamente econômico⁷⁶⁴.

o artigo 72, n. 2, do Código Civil português, quando diz que, para a solução de controvérsia decorrente da identidade do nome de exercentes de atividade profissional, serão adotadas as providências conciliatórias dos interesses em jogo determinadas por um juízo de equidade. Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé...**, cit., pp. 1200-1201.

⁷⁶² LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil Anotado**. 4ed. Coimbra: Coimbra, 1987, v. I, p. 56.

⁷⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Mecanicismo, equidade e cláusulas gerais no direito das obrigações**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, Lisboa, a. 3, n. 7, pp. 4733-4749, mar. 2014, p. 4737. É interessante observar que o autor, quando passa a tratar da equidade, inicia por afirmar que, a partir de então, ingressa-se no campo do “empirismo”, circunstância que, desde logo, já traz em si, para se dizer o mínimo, um paradoxo com a eventual legitimação de um regime de imputação que busca o seu permissivo diretamente na lei, pois possível apenas quando esta expressamente o preveja.

⁷⁶⁴ PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 91-107, mai. 2005, p. 99. Note-se que a pretensão não se confunde com estruturação semelhante passível de ser encontrada nas teorizações desenvolvidas pela análise econômica do direito, mas segundo a qual – o que é muitíssimo diferente – o dano se impõe àquele que tiver melhores condições de evitá-lo (e não de lhe fazer frente a partir de um

Ocorre que a distribuição dos danos na estrutura social em que se insere pode ser alcançada por meio de instrumentos outros quiçá mais efetivos a promover uma justiça distributiva capaz de acarretar um efetivo equilíbrio social⁷⁶⁵, não sendo tarefa exclusiva da responsabilidade objetiva. Não se pode esquecer que sendo estruturada a partir de um regime de pressupostos – mesmo que abrandados se comparados à imputação baseada na culpa – que autorizam o surgimento do vínculo obrigacional respectivo, está condicionada neste sentido, sendo, portanto, menos abrangente do que institutos outros nos quais basta a constatação do dano para que seja devida a indenização⁷⁶⁶.

Ademais, toda e qualquer alternativa de distribuição de danos⁷⁶⁷ (*rectius*, socialização de danos) não pode ser generalizada, pressupondo limites⁷⁶⁸. E se deve convir que tal necessidade de moderação no seu uso restaria deveras comprometida

critério de condições econômicas ou, melhor dizendo, de *deep pocket*). Sobre o tema, dentre outros tantos autores e sem prejuízo de desenvolvimentos futuros da temática – aqui inserida apenas para marcar a diferença em relação à máxima *richesse oblige* –, ver COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ed. Trad. Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 345 e ss.

⁷⁶⁵ Sobre o tema, especialmente no que toca aos exemplos hoje existentes de sistemas ampliados de indenização sem recurso à responsabilidade civil, ver FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade e Socialização do Risco**. Coord. Marcelo Dias Varella. Trad. Michel Abes. Brasília: UniCEUB, 2006, pp. 185-190. Ditas soluções, contudo, pressupõem uma combinação de regramento com a responsabilidade civil, de modo que, para fins de serem introduzidas num dado sistema, devem ser compatibilizadas com os regramentos existentes. Tanto que, no Brasil, costuma-se assinalar que o reconhecimento de um regime de responsabilidade objetiva pela condução de veículos automotores, nos moldes do que sucede nos países europeus, por exemplo, pressuporia a revisão do seguro obrigatório de responsabilidade civil hoje existente, de modo a torná-lo mais efetivo, tanto com a ampliação das coberturas (a incluir os danos materiais, por exemplo), quanto com o reforço das indenizações pagas (reconduzindo-as a patamares que efetivamente promovessem alguma reparação). Isso porque haveria fundamento legal para tanto, no caso, a cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil; o problema está na baixa efetividade do seguro obrigatório em vigor, o que seria recomendável vir conciliado com o recrudescimento da imputação, diante das características especiais da atividade (amplitude, utilidade social, etc.).

⁷⁶⁶ Não há que esquecer que, mesmo na sua faceta objetiva, o instituto em exame encerra em si um típico juízo de responsabilidade e não uma mera alocação de custos, esta muito mais afeito aos sistemas *no fault*, aos regimes securitários e à previdência social, por exemplo. Assim, a este respeito, não convém retomar todo o debate já desenvolvido no primeiro capítulo acerca dos atuais contornos da ideia de “responsabilidade” que, em ambos os seus regimes (subjetivo e objetivo), guarda um traço de identidade. Permita-se, portanto, reenviar ao debate desenvolvido no capítulo precedente que, inclusive, concluiu no sentido da coexistência dos regimes, pois ambos essenciais à sedimentação da hodierna noção de responsabilidade civil.

⁷⁶⁷ Por distribuição de danos deve ser entendida a atribuição dos ônus dele decorrentes a quem detenha as mais adequadas condições para promover a sua repartição entre o maior número de sujeitos, de modo a promover uma redução do seu impacto individual. Assim, PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípio...**, cit., p. 99.

⁷⁶⁸ FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade...**, cit., pp. 192 e ss.

caso operacionalizada apenas por um simples juízo de equidade, o qual, devendo valorar o caso concreto em si mesmo (e apenas o caso concreto), não estaria submetido a ponderações sistemáticas, já que, como visto, encerra uma valoração, por natureza e definição, extrassistemática.

Em assim sendo, corre-se o risco de, sob os auspícios de corrigir uma injustiça, incorrer em um constante risco de arbítrio, o que compromete sobremaneira não apenas o fim último almejando (o equilíbrio), como a própria garantia da segurança jurídica⁷⁶⁹.

O exame de todo este universo que circunda a conexão entre a responsabilidade civil, a equidade e a distribuição dos danos permite antever algumas ponderações que, a par de suscitarem alguma controvérsia, também permitem certezas.

A primeira delas é que não há dúvidas acerca da existência de uma centelha comum entre os três institutos que se imbricam, sendo evidente que a responsabilidade objetiva encerra uma preocupação que, em última análise, pode ser reconduzida ao exercício de uma justiça distributiva que se legitima no princípio da equidade; a segunda é que, não obstante isso, a viabilidade da sua invocação enquanto fundamento de um regime geral de imputação de danos sem culpa deve ser muito bem ponderada, pois apenas a identidade de interesses não basta para tanto; e a terceira é que, subjacente às ideias de equidade, justiça distributiva e equilíbrio social, há um reenvio à noção também importante de solidariedade⁷⁷⁰, valor fundamental este que pode despertar algum interesse para o tema.

À vista de todo este apanhado, aparenta-se possível aferir a suficiência da equidade enquanto fundamento legitimador da responsabilidade objetiva enquanto categoria jurídica.

⁷⁶⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Mecanicismo...**, cit., pp. 4737-4738.

⁷⁷⁰ FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade...**, cit., p. 10.

1.2.2 A (in)suficiência da equidade enquanto fundamento da responsabilidade

Para responder a questão que ora se apresenta é imprescindível que, antes de mais, promova-se uma demarcação importante. Sem prejuízo de todas as ponderações postas, o que está em exame não é possibilidade da elisão de todas as situações de responsabilidade objetiva postas, relegando a solução das controvérsias a um juízo de pura equidade. O que está sob aferição é a capacidade da equidade para se constituir em fundamento da responsabilidade objetiva (enquanto fonte de legitimidade do surgimento de um vínculo obrigacional) e não em critério de imputação (tal qual a culpa e o risco, por exemplo).

Feita esta delimitação, que torna mais palatável a possibilidade em debate, e sem prejuízo da já antes assinalada sedução que está inerente à proposta, pela grande abertura de conteúdo e de valoração que encerra o agora denominado princípio da equidade⁷⁷¹, o êxito da resposta a ser dada pressupõe, ainda, a análise profunda das características intrínsecas ao recurso que se pretende empregar para, nestes termos, aferir a sua compatibilidade com a ideia de fundamento de legitimidade.

A primeira delas diz respeito à natureza do princípio em debate. Ora, se a equidade insere-se, como dito, num campo extrassistemático de concretização, deixando de buscar a sua autoridade em preceitos de cunho estritamente jurídicos⁷⁷²,

⁷⁷¹ Não se quer aqui debater de modo conclusivo se a equidade é um princípio, um valor, um recurso ou mesmo uma categoria jurídica. Não há dúvidas que, diante de todo o apanhado apresentado, a equidade tem-se constituído muito mais num instrumento jurídico a ser utilizado em situações variadas (mas específicas), tendente a permitir a concretude da análise jurídica a partir de um juízo de justiça distributiva; neste sentido, aludindo-a enquanto uma “categoria legalmente admitida”, ASCENSÃO, José de Oliveira. **Mecanicismo...**, cit., p. 4737. Todavia, não é infrequente encontrar na doutrina a referência, especificamente no que tange ao tema em análise, à alusão à ideia de princípio, que se destinaria não à solução do caso concreto em si considerado (equidade enquanto instrumento jurídico), mas à sua legitimação, tal qual poderia ocorrer nos casos de responsabilidade objetiva (equidade enquanto princípio). Este é o enfoque que vem sendo utilizado no presente ponto da investigação, consoante, aliás, ressalva antes feita. Invocando a equidade na mesma acepção principiológica ora proposta, dentre outros, SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità...**, cit., pp. 46-48; também, PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípio...**, cit., pp. 98-99.

⁷⁷² Sobre este tema, não é demais lembrar CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé...**, cit., p. 1207, quando refere a equidade “como filha do empirismo e da intuição”; do mesmo modo, ASCENSÃO, José

evocá-la para legitimar a responsabilidade civil objetiva significa buscar o seu fundamento fora do sistema. Daí a dúvida acerca da oportunidade ou mesmo da necessidade desta busca, tendo em conta toda a normativa intrassistemática disponível em matéria de responsabilidade civil, nomeadamente uma gama de outros princípios jurídicos de elevado conteúdo igualmente apto a este fim.

Ainda sob este aspecto, deve-se também ponderar que a legitimação do instituto na equidade poderia remeter à possibilidade de criação de situações de incerteza incompatíveis com a tradição continental, com inconvenientes sociais e económicos impensáveis. Tal se verifica mais vivamente no campo das hipóteses de responsabilidade cujo critério de imputação é o risco inculpável, porquanto nestas (consoante teoria do risco profissional), é imprescindível uma coordenação cumulada com a assecuração, a qual se tornaria de difícil adequação com o risco⁷⁷³.

De igual sorte, se a equidade passa a ser concebida e elaborada enquanto autêntico momento de concretização do direito⁷⁷⁴, tem reduzida – mesmo na sua acepção principiológica – a sua capacidade normativa autónoma para se constituir em fundamento de qualquer categoria jurídica, porquanto incorporada ao método de elaboração juscientífico, que lhe absorve e passa a fazer-lhe as vezes⁷⁷⁵.

O simples reenvio à sua invocação – mesmo que apenas no campo da fundamentação da legitimidade do instituto – é a externalização da incapacidade de compreender a função da responsabilidade civil e de estruturá-la com consistência, na medida em que relegaria à valoração judicial do caso concreto a construção do direito, não em consonância com preceitos de ordem geral (e atinentes ao interesse geral), mas a partir de sentimentos suscitados pelo caso concreto⁷⁷⁶.

A justiça do caso concreto, na atualidade, em razão de um sensível aprimoramento das questões metodológicas, do refinamento da relação entre

de Oliveira. **Mecanicismo...**, cit., p. 4738, acentuando, de igual modo, o seu empirismo e, por isso, referindo-a como “uma fuga à interpretação e aplicação rigorosas da lei”.

⁷⁷³ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 28-30.

⁷⁷⁴ FRADA, Manuel Carneiro da. **A equidade...**, cit., p. 117

⁷⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé...**, cit., p. 1208. Nas exatas palavras do autor, “[a] equidade corresponde a um estágio antigo do Direito; hoje, ela foi absorvida pela elaboração juscientífica, com que se confunde, conservando-se um estágio puro, apenas, muito sectorialmente”.

⁷⁷⁶ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 28-30.

interpretação e integração e do reconhecimento da importância da analogia, tem levado a uma sensível redução do interesse pela equidade, que tende a perder espaço enquanto conceito chave para assumir a sua mais tradicional função corretiva, em detrimento de uma função legitimadora, tal qual se poderia pretender em relação à responsabilidade objetiva⁷⁷⁷.

Tanto é verdade que a aplicação de valorações equitativas costuma ter por fim atenuar ou corrigir o demasiado rigor de uma situação concreta, interpretando-a de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana. Daí porque se afirma que o seu uso não tem por fim um agir ou um decidir em contrário ao preestabelecido, quando claro e preciso, mas apenas a corrigir o excesso de rigor ou completar com os ditames vigentes aquilo que se mostra incompleto⁷⁷⁸.

Isso faz com que, mesmo na sua aceção principiológica, assuma função corretiva (secundária) destinada a constituir fundamento apenas daquelas situações em que uma normativa de cunho geral não tenha aptidão plena para regular a integralidade dos casos a que se destina, carecendo, assim, de uma válvula que permita o ingresso de elementos extrassistemáticos, circunstâncias específicas e pontuais. Teria razão de ser se ainda se estivesse de acordo com a exclusividade do princípio da culpa – porquanto em relação a ele atuaria como um instrumento de correção –, o que não ocorre em decorrência da autonomia que tem recebido a responsabilidade objetiva (não mais vista como uma exceção, como um desvio, mas como uma autêntica categoria jurídica autônoma, em paralelo à imputação subjetiva).

Não se pode descuidar da utilidade que uma cláusula geral de equidade teria na temperança – por isso enquanto instrumento de adequação e não como preceito fundamental – de situações extremas em que a imputação (nomeadamente a partir do princípio da culpa) apresenta-se demasiado rigorosa, especialmente tendo em conta a pequena violação do padrão de diligência pelo agente. Todavia, pelas suas

⁷⁷⁷ FRADA, Manuel Carneiro da. **A equidade...**, cit., pp. 116-117. Nas exatas palavras do autor, “[d]ir-se-á no fundo, com uma teoria das fontes idónea, liberta dos pressupostos do positivismo e capaz de fundamentar e expressar correctamente todos estes recursos, ao mesmo tempo que usando a metodologia correcta que vai implicada por semelhante modo-de-pensar, é possível em larga escala fazer a justiça do caso concreto. O que deverá convir-se ser muito bom, e merecer ser saudado. Mas a equidade perde, inelutavelmente, relevo”.

⁷⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica...**, cit., p. 175.

características essências, que decorrem da sua própria natureza, mostra-se de todo inadequado o estabelecimento de um genérico preceito de equidade enquanto fundamento geral de qualquer dever de reparar danos⁷⁷⁹.

Até porque, conforme parcela da doutrina, o intento primeiro da justiça distributiva que concretiza a equidade é fazer a partição dos bens sociais (ou seja, dos bônus), operando em relação aos ônus apenas de modo indireto⁷⁸⁰. Assim é que estaria mais afeita a institutos outros que partilham a fruição em si das vantagens coletivas do que a um regime geral de partição dos ônus, tal qual sucede com a responsabilidade civil.

O panorama apresentado e as convergências argumentativas identificadas entre o conteúdo da equidade e os desenvolvimentos iniciais (um tanto empíricos) das teorias que justificaram a ampliação da responsabilidade objetiva chamam a atenção para a existência de elemento comum que pode – e deve – ser ponderado complementarmente enquanto justificativa para o surgimento de um dever de reparar danos fora da curva da teoria do ato ilícito. Tal, contudo, não atribui ao ora dito princípio da equidade o *status* de fundamento uniforme da imputação, não se constituindo, por isso, à vista das diversas objeções antes postas, em justificativa suficiente ao vínculo obrigacional⁷⁸¹.

Do todo analisado surge, nos exatos moldes do empirismo próprio da equidade e de algum modo relacionado ao juízo de justiça distributiva, o indicativos de outros dois possíveis temas – que se materializam em autênticos princípios respectivos⁷⁸² – a carecer de exame. Tem-se, de um lado, o debate sobre a prevenção (princípios da prevenção e da precaução), que bem se alia à conveniência de, diante

⁷⁷⁹ Nesta linha, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., pp. 28-30.

⁷⁸⁰ MONTUORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25ed. 2tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 188.

⁷⁸¹ Defendendo expressamente a insuficiência do que também denomina princípio da equidade para fins de se constituir em fundamento da responsabilidade objetiva, PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípio...**, cit., p. 99. No mesmo sentido, reconhecendo que a equidade encontraria uma limitada aplicação na justificação de um pretense regime geral de imputação objetiva, sem prejuízo de que continue a se reconhecer a sua utilidade enquanto fator corretivo subsidiário, TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 30.

⁷⁸² Sobre o tema, assinalando acerca de uma combinação de princípios na busca do fundamento da responsabilidade objetiva, PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípio...**, cit., pp. 99-100.

dos custos da socialização, optar-se por impedir que os danos ocorram, protegendo, assim, mais efetivamente os bens jurídicos sobre os quais recaem; e, de outro, sobre solidariedade (e o seu princípio respectivo) que, também intimamente ligada à ideia de justiça distributiva e de atenção à posição da vítima, o faz por linha de fundamentação diversa e autônoma daquela presente na equidade enquanto justiça do caso concreto.

O seu exame, portanto, bem pode contribuir ao objeto sob investigação.

2. O princípio da prevenção

Consoante já tratado precedentemente, a análise dos contornos assumidos pela responsabilidade civil a partir da segunda metade do século XX permite inferir nuances que outrora não eram vistas com tanta nitidez. Nesta linha, o expressivo incremento da possibilidade de danos associados a acidentes (hipótese nas quais, com frequência, um ato ilícito individual não é claramente identificado na lógica causal do prejuízo) e a abertura dos sistemas jurídicos ao reconhecimento dos danos à pessoa (irreparáveis por natureza) permitiram reforçar a percepção de que a responsabilidade civil, no mais das vezes, tem potencial para conferir apenas um arremedo de reparação, apresentando-se a almejada restituição ao *status quo ante* enquanto uma mera utopia.

Em decorrência disso, a noção geral de prevenção – e os princípios jurídicos dela decorrentes – tende a assumir relevo, o que autoriza o seu exame enquanto hipótese na tarefa de se determinar um fundamento uniforme à responsabilidade objetiva. Isso porque os ideais de prevenção poderiam, em tese, deixar de serem vistos como uma decorrência secundária do ressarcimento, para o fim de se constituírem em fator preponderante de legitimidade da imputação. Nesta linha,

o surgimento de um vínculo indenizatório legitimar-se-ia apenas quando capaz de garantir uma eficácia dissuasória⁷⁸³.

Para fins de se examinar a viabilidade jurídica desta tese e a suas reais condições de, por isso, contribuírem à busca de um fundamento uniforme à responsabilidade objetiva enquanto disciplina geral (sem prejuízo da sua fragmentariedade normativa), urge sejam tratadas algumas premissas.

Por isso é que imprescindível compreender a interrelação entre a ideia alargada de prevenção e o instituto da responsabilidade civil como um todo, aferindo-se o seu conteúdo normativo e as suas conexões internas e externas para, a partir disso, avaliar a sua utilidade no campo da responsabilidade objetiva e, bem assim, as suas reais condições de se constituir em fundamento geral de legitimidade da imputação de um dever jurídico de reparação de danos.

2.1 *Prevenção em sentido alargado e evitabilidade de danos*

Partindo-se do pressuposto elementar segundo o qual a responsabilidade civil é um instrumento de gestão do dano, pois não o extingue, mas apenas determina a quem compete suportar os ônus dele decorrentes, as atenções em relação à prevenção – assim entendida em termos genéricos como a possibilidade de evitar a ocorrência de danos – assume relevância expressiva. Isso porque, em especial à vista dos danos irreparáveis ou daqueles advindos dos acidentes, aparentaria mais adequado impedir a sua consumação ao invés de, após, buscar-se remediá-lo.

Tendo em conta as hodiernas reflexões acerca do papel da responsabilidade civil – especialmente objetiva – para induzir a não causação de danos (ou ao menos a sua diminuição/minimização) é que se mostra oportuno aferir não apenas a compatibilidade do princípio, mas, mais do que isso, o seu potencial para se

⁷⁸³ Sobre o tema, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Reflexões em torno da responsabilidade civil**: teleologia e teleonomologia em debate. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. LXXXI, pp. 511-600, 2005, pp. 524-525, especialmente as notas 31 e 32.

constituir em fundamento de uma imputação que se legitime em fatores normativos situados para além do princípio da culpa.

2.1.1 *Prevenção, precaução, risco e perigo*

A ideia geral de prevenção está invariavelmente associada à possibilidade de evitar ou de impedir algo. De igual sorte, não raro, o vocábulo é apresentado na língua corrente como sinónimo de precaução, que sintetiza, na mesma linha, a ideia de se acautelar, de se proteger em relação à ocorrência de algo que se apresenta indesejado⁷⁸⁴.

Não seria diversa a demarcação do seu conteúdo no campo da ciência do direito, surgindo a ideia de prevenção em sentido alargado – enquanto princípio jurídico de ordem geral⁷⁸⁵ – relacionada aos mesmo objetivos de impedir uma determinada ação ou omissão ou mesmo um dado resultado que, por estarem associados a um juízo de desvalor (da conduta ou do resultado⁷⁸⁶), merecem ser evitados.

A noção de prevenção *lato sensu* tem despertado interesse relativamente recente na ciência jurídica, pois de modo muito especial conectada aos desenvolvimentos do direito do ambiente, não obstante rapidamente se tenha

⁷⁸⁴ Neste sentido, CASTELEIRO, João Malaca (org.). **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa**. Lisboa: Verbo, 2001, v. 2. O mesmo sucede com as demais línguas latinas, inferindo-se, *v.g.*, no italiano, que a definição de *prevenzione* corresponde à “attività di predisporre le misure più opportune per evitare eventi dannosi”, ao passo em que, a de *precauzione*, na mesma linha, às ideias de “particolare attenzione, cautela e prudenza”, que se materializam por meio de um “procedimento per evitare eventuali rischi o pericoli”, exprimindo, ambos os vocábulos, conteúdo semântico muito próximo; assim, MARI, Roberto. **Dizionario Italiano di Base**. Firenze: Giunti, 2004, pp. 483 e 490.

⁷⁸⁵ Faz-se alusão à prevenção enquanto princípio jurídico, pois muitas podem ser as suas acepções. Aqui, portanto, parte-se da ideia de prevenção não apenas como um fim a ser atingido, mas como enunciado lógico concebido enquanto critério de validade e condição de legitimidade das construções que, na hipótese, formam a responsabilidade civil na sua condição de instituto jurídico. Para uma noção de princípio (jurídico, mas não só) enquanto “condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”, REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 17ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 299.

⁷⁸⁶ Permita-se, aqui, tangenciar o debate acerca do objeto do desvalor em matéria de responsabilidade civil, se da conduta ou do resultado, porquanto a problemática será analisada com a profundidade devida quando do exame dos pressupostos da imputação, exatamente porque ligada de modo íntimo com a noção jurídica de ilicitude.

expandido para áreas outras (mesmo que afins)⁷⁸⁷. Daí que, não obstante a sua gênese, pode, hoje, ser considerando um autêntico princípio geral de responsabilidade civil⁷⁸⁸.

Ocorre que, no seio da construção normativa pela qual passou a ideia alargada de prevenção, estruturaram-se dois princípios independentes, um deles identificado pela noção estrita de prevenção e, outro, pela de precaução. Sem embargo da sua sinonímia na língua corrente, foi-lhes atribuído conteúdo próprio que, ainda que próximo, é dotado de autonomia⁷⁸⁹.

Nesta linha, a noção jurídica de prevenção (em sentido estrito) – e, por conseguinte, o princípio a ela correlato – passa a ser compreendida como o intento de evitar um dano que sabidamente decorre de um determinado agir, materializando-se, assim, por intermédio de um conjunto de ações destinadas a impedir ou mitigar o prejuízo cuja hipótese de ocorrência se conhece e está associada àquela atuação ou àquela atividade. Já a noção jurídica de precaução, conquanto associada ao mesmo ideal de evitabilidade, vem caracterizada pelas situações nas quais as incertezas

⁷⁸⁷ Sobre o tema, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Liberdade vs. Responsabilidade**. A precaução como fundamento da imputação delitual? Coimbra: Almedina, 2006, pp. 335 e ss. Segundo a autora, surgido na seara da proteção do ambiente, rapidamente se expandiu para áreas outras do interesse jurídico, como a saúde e o consumo, não sendo, de igual sorte, desconhecido dos direitos internacional e comunitário, tanto que expressamente consagrado, no âmbito da União Europeia, nos Tratados de Maastricht e de Amsterdam. A única objeção que se poderia opor neste particular, tendo em conta a sua origem, é se a sua normatividade dirigir-se-ia apenas aos Estados ou teria força suficiente para vincular as relações entre privados. A resposta parece indicar no sentido da sua ampla normatividade, especialmente tendo em conta a sua hodierna relevância à responsabilidade civil, como se verá de seguida.

⁷⁸⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 118-121. No mesmo sentido, STANZIONE, Maria Gabriela. **L'incidenza del principio di precauzione sulla responsabilità civile negli ordinamenti francese e italiano**. Comparazione e Diritto Civile, Salerno, giu. 2016, pp. 03 e ss. Disponível em: <http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/STANZIONE_PRECAUZIONE_2016.pdf>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁷⁸⁹ Na verdade, a própria gênese das designações não é concomitante, pois, como observa LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 71-72, enquanto a referência ao princípio da prevenção pode ser encontrada em textos internacionais ainda na década de 30 do século passado, o princípio da precaução surge apenas na década de 80, o que se pode compreender diante da maior amplitude da sua abrangência e da sua típica associação à uma realidade muito própria da hodierna sociedade de risco. Sobre o tema, especialmente no que diz respeito à demarcação das necessidades de uma sociedade tradicional e de uma sociedade de risco no que tange aos ideais de prevenção e de precaução, ver BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, pp. 54-55.

científicas não permitem antever uma correlação consequencial segura entre um dano e a conduta ou a atividade do qual se supõe decorra, não obstante haja plausibilidade acerca da sua ocorrência⁷⁹⁰.

Em síntese, ambos os princípios, contextualizados à responsabilidade civil, trazem em si ínsito o ideal de evitabilidade dos danos⁷⁹¹ (base comum a ambos), sendo o da prevenção direcionado às situações nas quais se conhece e se sabe a real e concreta possibilidade de um prejuízo e, o da precaução, àqueles casos nos quais, não obstante não se tenha uma certeza científica a respeito, a ocorrência do dano apresente-se possível e esperada, pelo que se justifica a adoção de providências de salvaguarda.

Diante da demarcação do conteúdo comum e das peculiaridades de cada um dos princípios referidos – que mesmo a despeito da sua autonomia podem ser tidos como espécies do gênero prevenção em sentido lato – é notório reconhecer a associação intuitiva de ambos a um sentimento geral de insegurança, o qual se materializa na ciência jurídica por intermédio das noções de risco e de perigo⁷⁹². Isso porque o acautelamento em relação à ocorrência de algo – no caso da responsabilidade civil, o dano – somente faz sentido nas hipóteses em que vislumbrada a probabilidade da sua ocorrência, seja ela concreta ou hipotética.

Esta compreensão é que permite antever uma correlação, respectivamente, entre prevenção e perigo e precaução e risco, na linha do que já fora anteriormente delineado quando do exame das referidas figuras como supostos fatores de legitimação da responsabilidade objetiva. Isso porque enquanto na aplicação do princípio da prevenção está-se diante de um risco concreto (perigo), seja porque previamente identificado ou porque o dano já ocorreu em outras situações iguais, no princípio da precaução os riscos são hipotéticos (perigo abstrato ou risco em sentido estrito) – já que desconhecidos, não obstante prováveis – o que, nem por isso,

⁷⁹⁰ ARCHER, António Barreto. **Direito do ambiente e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 16.

⁷⁹¹ Por esta razão é que, consoante observa STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 188, a responsabilidade civil age, por meio dos princípios da prevenção e da precaução, em uma fase anterior ao dano, caracterizando-se como uma autêntica “responsabilização *ex ante*”.

⁷⁹² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução...**, cit., pp. 96 e 99.

afasta a necessidade da adoção de comportamentos ou medidas tendentes a promover a evitabilidade dos danos, diante da relevância dos interesses envolvidos⁷⁹³.

Considerando, portanto, as noções jurídicas de risco e de perigo, pode-se afirmar que enquanto a prevenção em sentido estrito contém em si um ideal de evitabilidade a ser atingido, diante da certeza da ocorrência de danos em determinadas situações (em razão de condutas ou atividades relativamente às quais se conhece a existência de nexo de causalidade com o prejuízo), a precaução resta por se constituir em um autêntico instrumento de gestão de incertezas, legitimando a adoção de providências de acautelamento, contudo, em decorrência da notória probabilidade de uma lesão não consentida a interesses jurídicos de terceiros capaz de gerar prejuízos especialmente graves ou irreversíveis⁷⁹⁴.

Aliás, ditos fatores são os diferenciais que deverão ser observados para fins de legitimar a invocação do princípio da precaução, em especial quando comparados com o princípio da prevenção. Considerando a existência, naquela hipótese, de um dado grau de incerteza sobre a causação de danos – sem prejuízo de que justamente esta incerteza seja o que motiva e autoriza a adoção de medidas de salvaguarda –, o recurso ao princípio da precaução pressupõe um conjunto de circunstâncias que atribua verossimilhança à possibilidade da ocorrência de danos.

Em palavras mais precisas, a incerteza que caracteriza a precaução exige prudência na sua aplicação e, por isso mesmo, observância aos ditames de equilíbrio dos interesses, de proporcionalidade e de razoabilidade. Legitima-se, portanto, nas situações em que a possibilidade da causação de danos seja efetiva (assim entendida como a probabilidade de que a hipótese acerca da ocorrência de danos esteja certa, mesmo que num plano abstrato) e que estes sejam graves ou irreversíveis⁷⁹⁵, nos termos, aliás, do expressamente positivado no princípio n. 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992⁷⁹⁶, diploma de grande relevância à jurisdicização do princípio.

⁷⁹³ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil...**, cit., pp. 188-189.

⁷⁹⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução...**, cit., pp. 98-100.

⁷⁹⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução...**, cit., pp. 101 e 109.

⁷⁹⁶ “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento

Todas estas cautelas justificam-se na exata medida da necessidade de conservação da legitimidade da intervenção jurídica baseada apenas na hipótese da ocorrência de um dano (leia-se, na dúvida sobre a sua exclusão), ao contrário da prevenção *stricto sensu*, em que os riscos são concretos e conhecidos, constituindo-se, por isso, em verdadeira fonte de perigo diante da identificação de uma efetiva relação causal entre a atividade e o prejuízo caso não adotadas medidas de mitigação. Daí porque se afirmar que o princípio da precaução deve reger a aplicação da própria precaução, com o adequado balanceamento dos custos sociais relacionados às medidas de cautela que, caso desconsiderados, podem ter um efeito deletério quiçá mais nocivo que o próprio dano⁷⁹⁷.

Tais ponderações abrem espaço para reflexões cuja relevância é de primeira ordem e estão relacionadas aos limites concretos da evitabilidade dos danos no campo da responsabilidade civil. Ou seja, até que ponto se legitimam esforços (de toda ordem) preventivos diante de uma realidade nem sempre condizente com a plena evitabilidade dos danos.

Ora, se a obrigação indenizatória somente se legitima nas hipóteses em que apta a garantir um efeito dissuasor do evento danoso⁷⁹⁸ – daí a hipótese de se analisar a prevenção enquanto possível fundamento geral da imputação objetiva –, imprescindível averiguar a factibilidade deste intento. E tudo em razão de ser a elucidação desta problemática imprescindível à aferição da generalidade necessária a que, eventualmente, o princípio da prevenção possa constituir-se em fonte de legitimidade para a imputação de danos para além das situações relacionadas à culpa.

de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 04 mai. 2017.

⁷⁹⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução...**, cit., pp. 103-104. A este respeito, adverte textualmente a autora, p. 106, que “[o] sentimento de ‘uma grande segurança’ não deve nos fazer esquecer que o progresso e a pesquisa são indissociáveis de um certo fator de risco. O risco zero é uma ilusão”, de modo que a equalização entre os custos e os ganhos com prevenção é uma variável que deve ser sopesada para fins de permitir uma adequada e razoável aplicação do princípio da prevenção. No mesmo sentido, assinalando a utopia do risco zero, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Liberdade vs. Responsabilidade**, cit., p. 341.

⁷⁹⁸ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Reflexões em torno da responsabilidade civil...**, cit., p. 525.

2.1.2 *Evitabilidade de danos e responsabilidade civil*

Ao que se pôde até aqui verificar, o campo operativo do princípio da prevenção está especialmente relacionado à atuação do agente voltada a uma determinada conduta/atividade que se mostre especialmente apta a constituir ameaça, mesmo que potencial, aos interesses juridicamente protegidos de outrem⁷⁹⁹. Ocorre que a existência de riscos (em sentido lato) é uma constante da contemporaneidade, fazendo com que a sua eliminação se constitua em uma autêntica utopia inatingível⁸⁰⁰.

Em verdade, a relação entre responsabilidade civil e evitabilidade dos danos, sem prejuízo dos desenvolvimentos já delineados em razão da incidência dos princípios da prevenção e da precaução, parte da premissa de que a imputação – em maior ou menor grau, é verdade, mas independentemente de uma especial periculosidade da conduta ou da atividade – pode ser em si mesma concebida como um conjunto de incentivos à atuação do agente, “interferindo com a respectiva racionalidade na escolha de níveis de risco e de atividade”⁸⁰¹ e, por isso, evitando a produção de danos nas situações em que possa ser chamado a responder por eles.

Em outras palavras, é possível inferir desta premissa que, na responsabilidade civil, a centralidade da noção alargada de prevenção decorre diretamente da máxima segundo a qual a simples ameaça de uma obrigação indenizatória tenderá a induzir no potencial lesante a adoção de mecanismos voltados a evitar a ocorrência do dano, tudo com o objetivo de, antes de mais, impedir a própria responsabilização⁸⁰². Neste cenário, a simples existência de um regime geral de responsabilidade civil já seria mecanismo eficiente para, de algum modo, induzir comportamentos de autoprevenção.

⁷⁹⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Liberdade vs. Responsabilidade**, cit., p. 337, nota 642.

⁸⁰⁰ Nas precisas palavras de BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**, cit., p. 23, “[n]a modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”.

⁸⁰¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 841. O autor fala, por isso mesmo, que a ameaça da imposição de um dever de reparação, em tese, tenderia a induzir no agente “atitudes racionais de minimização de riscos, atitudes de ‘auto-exclusão’ e de prevenção”.

⁸⁰² BARBOSA, Mafalda Miranda. **Reflexões em torno da responsabilidade civil...**, cit., p. 519.

Desta ameaça de submissão a um dever jurídico de reparação decorre o surgimento de uma obrigação geral de segurança relacionada à antecipação dos riscos, de maneira a, por meio da sua observância, impedir a causação de danos a terceiros⁸⁰³. E a existência de uma especial periculosidade (concreta ou mesmo abstrata) constituir-se-á, diante da incidência, conforme o caso, dos princípios jurídicos da prevenção *stricto sensu* ou da precaução, em um reforço de incentivos na observância da dita obrigação de segurança, diante do aumento das chances de responsabilidade por parte do agente.

Esta construção teórica – sem prejuízo das suas inúmeras variáveis – pode ser, por isso, associada com uma cláusula geral de *alterum non laedere*⁸⁰⁴, que tenderia a levar em conta a variabilidade dos riscos específicos de cada conduta ou atividade e dos regimes de imputação previstos, com maiores ou menores investimentos em prevenção por parte do agente, a depender da atuação em causa.

Sem prejuízo da veracidade das ponderações antes postas, o que poderia, ao menos em tese, atribuir à prevenção uma ideia de generalidade apta a legitimá-la enquanto fundamento da responsabilidade civil, duas são as suas principais vicissitudes, as quais precisam ser pontuadas.

A primeira delas está no fato de que a ameaça indenizatória somente está apta a induzir um comportamento preventivo eficiente diante de um sistema perfeito de imputação⁸⁰⁵. Ou seja o agente somente terá incentivos necessários a adotar comportamentos preventivos suficientes quando tiver a certeza de que, em não o fazendo, será chamado a responder pela integralidade dos danos; diante de uma maior ou menor hipótese de falha (desincentivo da vítima à litigância, valores baixos das indenizações, custos do processo, dificuldades de caracterizar os pressupostos da

⁸⁰³ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Liberdade vs. Responsabilidade**, cit., p. 340.

⁸⁰⁴ Assim entendido, nas palavras de PRATA, Ana. **Dicionário Jurídico**. 3ed. 6reimp. Coimbra: Almedina, 1999, p. 66, como o “princípio segundo o qual todos os sujeitos têm o dever de não perturbar a legítima actividade alheia e de não interferir na esfera jurídica de outrem”.

⁸⁰⁵ Por sistema perfeito entende-se aquele no qual não existe a “probabilidade de o lesante furtar-se à internalização plena das externalidades negativas que causou”, o que pode ser atribuído a deficiências variadas de ordem jurídica ou judiciária. Sobre o tema, ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica...**, cit., pp. 862 e 957. Para um aprofundamento sobre os fatores de imperfeição do sistema, ver COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 386-388.

responsabilidade ou de fazer prova a respeito, ineficiência do sistema judicial, insegurança jurídica em razão das oscilações da jurisprudência, dentre outros), surgirá a possibilidade de que o pretense lesante omita-se em adotar os níveis adequados de prevenção, contando com a possibilidade de vir a não ser responsabilizado.

A prevenção ótima tende a estar associada à indenização completa, porquanto sempre que esta for atingida, aquela será reflexamente alcançada, o que se incrementa em situações especiais por meio da invocação dos princípios da prevenção em sentido estrito e da precaução. A dificuldade está, contudo, em se alcançar este objetivo, o qual pressupõe a identificação da totalidade dos danos e a imposição ao lesante de suportar a integralidade dos ônus a eles associados; daí porque ser a infraprevenção uma realidade em grande parte dos sistemas jurídicos baseados nas estruturas tradicionais de responsabilidade civil (com alguma variação entre os regimes de imputação objetiva e subjetiva)⁸⁰⁶.

A segunda vicissitude decorre do fato de que, por regra, nem todos os danos podem ser evitados, seja porque o exercício de determinadas atividades das quais decorrem, em dados níveis, são úteis e socialmente imprescindíveis, seja porque os custos com prevenção não se justificam em face do dano, seja, ainda, porque a sua evitação não é factível mesmo quando adotadas todas as medidas de prevenção disponíveis⁸⁰⁷.

Fala-se, portanto, em níveis ótimos ou adequados de prevenção, que correspondem ao equilíbrio entre o custo dos danos potenciais – custos estes não apenas econômicos, mas também sociais, assim entendido como as consequências *lato sensu* da imposição de responsabilidade – e o custo real com medidas tendentes a

⁸⁰⁶ SALVADOR, Pablo; GÓMEZ, Carlos. **El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes**. Sub judice: Justiça e sociedade, Coimbra, n. 34, pp. 11-26, jan. – mar./2006, p. 24. Por isso é que, ainda segundo os autores, tem substancial diferença um dano corporal causado por dolo ou mera culpa, fazendo com que, naquela situação, as consequências periféricas sejam mais gravosas, a recomendar intervenções outras (penais, administrativas ou mesmo punitivas associadas à responsabilidade civil) com vistas a impedir uma infraprevenção.

⁸⁰⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica...**, cit., p. 852. A adoção de seguros obrigatórios de responsabilidade nestes casos, tendo em conta a relevância das atividades e a normal causação de danos, mesmo diante da adoção de razoáveis comportamentos de autoprevenção, é, talvez, o melhor exemplo a retratar esta realidade jurídica.

evitá-los ou a atenuá-los, de modo que, fora desta proporção, ou os investimentos na evitação dos danos seriam insuficientes ou seriam excessivos⁸⁰⁸.

Tais intercorrências à formulação geral proposta podem acarretar situações de falta ou de excesso de prevenção: aquelas, nas hipóteses em que, antevendo uma falha no sistema – e, por isso, uma brecha para se esquivar da reparação completa –, o agente deixa de fazer tudo o que podia para evitar o dano; estas, nas hipóteses em que mesmo não mais se mostrando eficazes novos investimentos na evitação dos danos, o agente continua a dispende recursos neste sentido, receoso de ser responsabilizado.

Ambos os cenários ensejam algumas ponderações.

O primeiro deles, caracterizado pelas situações de falta de prevenção, normalmente tende a ser corrigido, quando identificado, pela adição de uma prestação com função punitiva à indenização civil, para o fim de agregar maiores incentivos à prevenção⁸⁰⁹. Exatamente por isso é que, não raro, as ideias de prevenção e de punição tendem a estar associadas, constituindo-se, consoante parcela significativa da doutrina, “duas faces de uma mesma medalha, expressões de um mesmo princípio”⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Sobre o tema, com desenvolvimentos acerca das situações possíveis e daquelas que, partindo da premissa ora posta, apresenta-se como desejáveis, ver a síntese apresentada por COLOMA, German. **Analisis Economico del Derecho Privado y Regulatorio**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, pp. 150-154.

⁸⁰⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica...**, cit., p. 956. Inclusive com a adoção de mecanismos de separação entre as parcelas indenizatória (reparadora ou compensatória) e punitiva, tudo com o fito de não implicar em enriquecimento sem causa da vítima.

⁸¹⁰ Sobre o tema, ver GOMES, Júlio. **Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?** Revista de Direito e Economia, Coimbra, a. 15, (pp. 105-144), 1989, p. 106. A temática é deveras complexa, especialmente nos ordenamentos jurídicos de tradição continental, onde a alusão à uma função punitiva da responsabilidade civil ainda encontra muitas resistências, não apenas dogmáticas, mas mesmo normativas; por isso não poderia receber tratamento exaustivo no presente momento, quanto mais porque o interesse é apenas reflexo ao cerne da investigação em curso. Por isso, consinta-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Há espaço para uma função punitiva da responsabilidade civil extracontratual?** Um contributo da análise económica do direito. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da. Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches. Coimbra: Coimbra, 2011, v. 2, p. 269-319.

O segundo, marcado pelas hipóteses de hiperprevenção, são os que ensejam reflexões mais aprofundadas no ponto que ora interessa à investigação⁸¹¹, diante dos severos inconvenientes que acarreta, além de não contribuir de modo real e efetivo à evitabilidade dos danos⁸¹². Isso porque, como dito, a partir de um determinado estágio de prevenção o comportamento do agente não mais interferirá no evento danoso, pois, independentemente do que faça, há evidências de que tal não bastará a impedir o resultado que se busca evitar⁸¹³.

Diante destas ponderações, dois pontos merecem ser reconhecidos como imprescindíveis e intransponíveis a que se passe a aferir o potencial do princípio da prevenção (em sentido alargado) para se constituir em fundamento uniforme da responsabilidade objetiva: primeiro, o caráter inerente à própria imputação para se constituir em fator de incentivo à prevenção; segundo, as especiais peculiaridades relacionadas à não observância de uma prevenção em níveis ótimos, especialmente diante da possibilidade de se acarretarem situações de hiperprevenção.

2.2 Responsabilidade objetiva e princípio da prevenção

Delineados os contornos gerais da interconexão entre prevenção e responsabilidade civil, o que demonstra a existência de uma relação de pertinência

⁸¹¹ Considerando que o objeto central da investigação diz respeito à responsabilidade objetiva, na qual as hipóteses de exclusão do dever de reparação são mais reduzidas, é mais provável a identificação de situações de hiperprevenção, pois o próprio regime de imputação mais rigoroso já favorece esta realidade. Por isso é que dita hipótese desperta mais viva atenção do que aquelas associadas à falta de prevenção.

⁸¹² Vários são os efeitos deletérios decorrentes de situações de excessos de prevenção em razão de hiper-responsabilidade, normalmente associados ao repasse dos custos à cadeia de produção, não apenas com a majoração dos preços, mas também dos prêmios dos seguros, acarretando a inacessibilidade de algumas relações jurídicas a determinadas pessoas e a saída do mercado de produtores marginais. Sobre o tema, uma vez mais, ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica...**, cit., pp. 958-959.

⁸¹³ Para tanto, não se pode deixar de considerar que os fatores que levam à ocorrência do dano, não obstante correspondam preponderantemente ao lesado (ao menos em tese), podem dizer respeito mesmo à própria vítima, ao sistema em si, a terceiros, às imperfeições da técnica utilizada ou mesmo da ciência, dentre outros. Por isso atenta ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica...**, cit., p. 959, para a necessidade de encontrar “uma forma de conservar os incentivos dos potenciais lesantes sem degradar os incentivos das potenciais vítimas”, o que denomina prevenção bilateral.

entre o princípio e o instituto jurídico referidos, cumpre aferir a suas reais condições de se constituir em fundamento da imputação objetiva.

A este fim, merecem ser verificadas as suas familiaridades e as suas eventuais dissonâncias para, a partir disso, concluir-se no sentido da viabilidade da legitimação de um dever geral de reparação a partir da ideia de prevenção nas situações que se situam para além do princípio da culpa.

2.2.1 Prevenção e imputação sem culpa: um cotejo necessário

Como visto precedentemente, a simples ameaça de imputação de um dever de reparação pode, de algum modo, constituir-se em fator de prevenção de danos. Este intento, aliás, ganha relevo especial tendo em conta a ampliação dos danos decorrentes dos acidentes e a relevância da irreparabilidade *in natura* de uma série (mas não apenas) deles, situações estas que, no mais das vezes, estão deveras associadas a regimes de responsabilidade objetiva⁸¹⁴.

Delineados, portanto, os substratos teóricos que permitem tomar como hipótese o princípio da prevenção enquanto fundamento em si do regime geral cuja sistematização ora se pretende, oportuna a análise das suas reais condições para tanto.

Não há dúvidas de que a responsabilidade objetiva tem, dentre as suas funções, aquela inerente à redução do risco⁸¹⁵, o que decorre de uma maior possibilidade de responsabilização diante do prejuízo. Ora, sabedor de que terá contra si um vínculo obrigacional indenizatório cujas possibilidades de exclusão são mais limitadas em comparação ao regime geral fundado na culpa, é – ao menos em tese –

⁸¹⁴ Para uma interface entre responsabilidade objetiva e danos não patrimoniais, clássico exemplo daqueles entendidos como não reparáveis e, por isso, desejavelmente evitáveis, ver AFFERNI, Giorgio. **La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva**. Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, n. 3, 2004, pp. 862 e ss. Igualmente, AZZARRI, Federico. **Responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale**. Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, n. 5, 2008, pp. 1078 e ss

⁸¹⁵ TRIMARCHI, Pietro. **Rischio...**, cit., p. 36.

mais eficiente ao agente prevenir os danos, pois saberá que, à vista da sua ocorrência, terá grande probabilidade de vir a ser chamado a repará-los.

Partindo-se apenas desta premissa, poder-se-ia afirmar que o nível de prevenção capaz de ser induzido pela responsabilidade objetiva é superior se comparado àquele passível de ser atingido por meio de um regime de matriz subjetiva. Diante disso, poder-se-ia hipotisar que a prevenção enquanto uma constante da responsabilidade objetiva torná-la-ia um verdadeiro objetivo a ser atingido e, por conseguinte, uma marca indelével apta, por isso, a legitimá-la.

Ocorre que tal conclusão, a par de real na sua parte inicial, tende a ser reducionista. Não é uma inverdade, mas uma meia verdade, pois leva em conta apenas parcela dos elementos envolvidos nos juízos conducentes a uma real prevenção.

Para tanto, não há que se confundir nível eficiente de prevenção e incentivos para se alcançar a sua observância⁸¹⁶: aqueles são variáveis conforme a necessidade do caso posto, tendo em conta os diversos fatores que podem influir na tomada de decisão por parte não apenas do pretense lesante, mas de todo aquele que pode interferir causalmente na produção do dano; estes, se adequados, conduzem à prevenção eficiente, mas, quando mal dosados, também podem acarretar falta ou excesso de cuidado para a evitação do prejuízo.

Em outras palavras, se é certo que a responsabilidade objetiva se constitui em incentivo para se alcançar a prevenção⁸¹⁷, tal não significa dizer que, na generalidade dos casos, implicará na observância de níveis eficientes de prevenção⁸¹⁸. E isso se deve especialmente ao seu potencial para, se não adequadamente gerida, acarretar situações de hiperprevenção associadas a excessos de cuidado pelo suposto lesante – para além do que seria adequado – e falta de cuidado pela pretensa vítima, diante da maior certeza acerca da sua reparação, caso lesado.

⁸¹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**, cit., p. 334.

⁸¹⁷ COOTER, Robert. **Teorie economiche della responsabilità civile**. In: FABBRINI, Daniele; FIORENTINI, Gianluca; FRANZONI, Luigi Alberto. *L'analisi economica del diritto*. Roma: Carocci, 2000, ristampa, p. 166.

⁸¹⁸ Consoante observa AFFERNI, Giorgio. **La riparazione del danno...**, cit., item 8, p. 869, “la responsabilità oggettiva realiza la propria funzione preventiva addossando sull’agente tutte le conseguenze negative della sua attività, in modo che il suo calcolo economico inclua anche i costi esterni dell’attività stessa”.

Diante desta constatação, é imprescindível considerar, para fins do cotejo entre prevenção e imputação objetiva que ora se pretende, a antes referida bilateralidade que se estabelece na relação entre lesante e lesado⁸¹⁹. Haverá situações nas quais apenas o lesado pode adotar medidas tendentes a prevenir o dano. Outras, contudo, nas quais o lesante, de modo mais eficiente, tem condições de se acautelar em relação ao prejuízo. E um terceiro grupo, quiçá o mais amplo, no qual ambos os potenciais envolvidos estão em maiores ou menores condições de contribuir com a efetiva prevenção do dano⁸²⁰. A ponderações entre os fatores envolvidos em cada um dos grupos de situações é que permite uma aferição real dos níveis adequados de

⁸¹⁹ A temática é bastante complexa, pois envolve ponderações extrassistemática, não podendo, contudo, ser desconsiderada. A propósito, COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**, cit., pp. 334-339. Nas precisas palavras dos autores, p. 336, “como a ausência de responsabilização proporciona incentivos para a precaução eficiente por parte da vítima, uma regra de ausência de responsabilização é preferível quando só a vítima pode tomar precauções contra acidentes. Inversamente, como a responsabilização objetiva proporciona incentivos para a precaução eficiente por parte do autor do dano, uma regra de responsabilização objetiva é preferível quando só ele pode tomar precaução contra acidentes”; daí porque, ainda segundo os autores, p. 337, “uma regra de responsabilidade subjetiva pode dar incentivos eficientes à vítima e ao autor do dano” na medida em que “impõe um parâmetro jurídico de cuidado que os agentes precisam cumprir a fim de evitarem serem responsabilizados”, cada um na medida das suas possibilidades. É bem verdade que a essência das ponderações ora sob exame tenderia conduzir a um debate sobre a legitimidade da escolha entre os regimes de imputação (ausência de responsabilidade, responsabilidade objetiva ou responsabilidade subjetiva), especialmente tendo em conta as potencialidades de cada um para induzir, com eficiência, a prevenção. Entrementes não se situe nesta linha o cerne da investigação em curso, não há dúvidas de que as ponderações postas levam à conclusão de que, fora as situações nas quais a prevenção é atribuível apenas ao lesante, a ideia de evitação dos danos seria mais bem gerida por intermédio de regimes de responsabilidade por culpa, diante das suas possibilidades mais alargadas de induzir prevenção bilateral em todos os agentes envolvidos no processo causal respectivo. Comungando do mesmo pensamento, ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica...**, cit., p. 842.

⁸²⁰ Não obstante as situações de responsabilidade objetiva tendam a corresponder ao primeiro grupo, haverá situações nas quais o terceiro também poderá estar submetido ao referido regime. Ocorre que, nestes casos, não obstante a responsabilidade seja quase que exclusivamente atribuída ao lesante, ambos os atores envolvidos no processo causal podem ter alguma condição de evitar o dano, o que tende a impedir a obtenção de níveis máximos de eficiência. Sem embargo de não ser a imputação objetiva consensual nos sistemas sob comparação, um exemplo desta realidade pode ser encontrado na responsabilidade decorrente dos acidentes automobilísticos; nestes casos, não obstante a culpa não seja reconhecida na sua plenitude como nexos de imputação adequado, é forçoso reconhecer que as potenciais vítimas são, ao mesmo tempo, enquanto condutores, também lesantes em potencial, o que recomendaria uma prevenção bilateral não perfeitamente induzida pela responsabilidade objetiva. Sobre o tema, AFFERNI, Giorgio. **La riparazione del danno...**, cit., item 8, p. 870, inclusive nota 96. Um fator de correção para este efeito indesejado, como acentuam COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**, cit., p. 341, seria a associação de um regime de responsabilidade objetiva a uma possibilidade de defesa de culpa concorrente.

prevenção exigíveis, levando em conta não apenas os meios a serem empregados, mas também o potencial de cada um dos atores para este fim⁸²¹.

Outro fator a ser ponderado diz respeito ao nível de atividade⁸²². Isso porque os regimes de imputação objetiva, consoante já consignado precedentemente, estão associados a determinadas atuações que, pela sua relevância ou utilidade sociais, não podem ser proibidas ou mesmo terem os seus níveis limitados além ou aquém de determinados patamares (ao contrário daquelas que servem de base para a imputação subjetiva, nas quais se observa o desrespeito a um dado *standard* de diligência)⁸²³. Por esta precisa razão é que o cotejo entre prevenção e responsabilidade objetiva deve ser adequadamente ponderado, já que não se deseja o banimento das condutas ou das atividades em si consideradas, mesmo que diante da sua aptidão para causar danos.

Todas as digressões até então apresentadas permitem atentar para os fatores que mais diretamente decorrem do cotejo entre prevenção e responsabilidade objetiva. Por isso, imprescindíveis à aferição do seu potencial para se converter no fundamento de legitimidade que se procura, o que se passa a avaliar.

2.2.2 *Uma legitimação possível a partir do princípio da prevenção?*

As ponderações postas bem demonstram ser inequívoco o potencial da imputação objetiva para induzir prevenção, especialmente considerando que o lesante

⁸²¹ A problemática associada à bilateralidade da prevenção já foi referida quando do exame do risco enquanto fundamento da responsabilidade objetiva. Sobre o tema, com uma abordagem já compatibilizada entre a análise econômica e a civilística tradicional, MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 38-44. No mesmo norte, MONATERI, Pier Giuseppe. **Responsabilità civile (voce)**. In: AAVV. *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. Torino: UTET, 2011, t. XVII, pp. 10-11.

⁸²² A prevenção eficiente é alcançada, em verdade, quando conjugada com o nível de atividade adequado. No caso das situações submetidas à responsabilidade objetiva, não obstante a atuação que se apresenta enquanto fonte de imputação não seja vedada, pode estar submetida a determinados níveis de permissividade, que tendem a se aliar a níveis igualmente eficientes de prevenção. Neste norte, COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**, cit., pp. 343-344; igualmente, POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986, p. 163.

⁸²³ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**, cit., p. 161.

é, na maior parte dos casos associados à escolha por este regime, aquele que tem melhores condições de evitar o dano.

Ocorre, contudo, que a totalidade dos elementos disponíveis parecem indicar que o intento primeiro da responsabilidade objetiva não é propriamente a evitação do dano (não obstante constitua-se em relevante efeito indireto da imputação), mas o resguardo da posição da vítima. Esta conclusão, aliás, já pôde ser inferida de algum modo quando do exame das situações submetidas a regimes de responsabilidade objetiva nos sistemas sob comparação, para fins de se afastar a unidade do risco enquanto fator de legitimação do dever indenizatório.

Para que bem se compreenda a linha argumentativa que ora se pretende delinear, cumpre retomar a clássica ponderação preconizada por Guido Calabresi segundo a qual, em verdade, a sociedade não deseja evitar os acidentes a todo e qualquer custo⁸²⁴. Disso decorreria um patamar máximo de prevenção que nem sempre corresponderá a uma evitação da totalidade dos danos ou, em outras palavras, a conclusão segundo a qual não existe prevenção absoluta, não apenas diante de impossibilidades materiais de se atingir este intento, mas mesmo em razão de que este objetivo não pode e não deve ser perseguido a todo e qualquer custo.

Exatamente tendo em conta estas constatações é que se mostra oportuno retomar premissa teórica indiretamente tratada no item precedente, quando da sistematização dos princípios da prevenção em sentido estrito e da precaução. Segundo a doutrina civilista majoritária, ambos tendem a ser entendidos como “manifestações das condutas prudentes”, de modo que, para além da mera inevitabilidade, tendem a significar “prudência e circunspeção no agir para evitar um perigo de risco iminente e possível”⁸²⁵.

Como dito alhures, algumas atividades são imprescindíveis, independentemente do seu potencial danoso⁸²⁶. E, neste particular, quando se trata

⁸²⁴ CALABRESI, Guido. **Costo degli incidenti e responsabilità civile**. Trad. Anna de Vita, Vincenzo Varano e Vincenzo Vigoriti. Milano: Giuffrè, 2015, ristampa, p. 37.

⁸²⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução...**, cit., pp. 96-99.

⁸²⁶ Como bem exemplifica CALABRESI, Guido. **Costo degli incidenti...**, cit., p. 38, ao realizar a construção de um túnel sob o *Mont Blanc*, com o fim de se facilitar a comunicação entre Roma e Paris, sabe-se que, mesmo em sendo adotadas as máximas medidas de prevenção, haverá mortes durante as obras; nem

de distribuição do risco – aqui entendido de modo amplo enquanto a possibilidade de causação de danos –, deve-se reconhecer que a responsabilidade objetiva funciona sob outro prisma quando comparada ao regime geral de matriz subjetiva⁸²⁷.

Isso porque, especialmente nos regimes tradicionais de autêntica imputação baseada na existência de um potencial agravado de danos (risco em sentido estrito ou perigo), a imposição de um dever de reparar independentemente de uma concorrência causal culposa atribuível ao lesante implica, em última análise, no fracionamento do risco e na sua distribuição na coletividade⁸²⁸.

Dita constatação tenderia, inclusive, a reforçar a noção de justiça distributiva presente na generalidade das hipóteses de responsabilidade objetiva – para além, inclusive, daquelas circunscritas a reais situações de risco ou de perigo – aproximando-se o regime geral que se propõe muito mais da ideia de solidariedade do que propriamente da noção de prevenção⁸²⁹.

As diferenças estruturais que fazem frente às necessidades de cada uma das variadas demandas práticas submetidas à responsabilidade civil enquanto instituto podem exigir sistemas diversos de imputação para fins de adequada – e eficiente – consecução dos fins a serem ultimados⁸³⁰. Neste sentido e considerando as ponderações antes apresentadas em decorrência do cotejo entre prevenção e responsabilidade objetiva, é possível antever que sequer aquela se caracteriza como uma exclusividade do regime de imputação sob estudo, podendo, conforme o caso e as suas peculiaridades, ser melhor atingida por intermédio de variadas soluções

por isso o intento é abandonado. Ou seja, mesmo no que tange à vida humana, bem tido como o mais valioso em matéria de proteção jurídica, é possível verificar alguma margem de disposição no que tange à evitabilidade dos danos (neste caso plenamente atingível apenas por meio da proscrição da conduta ou da atividade), fazendo com que mesmo à vista da ocorrência de danos, prossiga-se no intento.

⁸²⁷ COOTER, Robert. **Teorie economiche della responsabilità civile**, cit., p. 181.

⁸²⁸ COOTER, Robert. **Teorie economiche della responsabilità civile**, cit., p. 181.

⁸²⁹ O intento, na verdade, como advertem ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**, cit., p. 558, é muito mais a “distribuzione ottimale dei costi” do que propriamente a prevenção em si mesmo considerada (sem prejuízo de que venha a se constituir em um efeito reflexo).

⁸³⁰ CALABRESI, Guido. **Costo degli incidenti...**, cit., p. 34. Consoante exemplifica o autor, um sistema que se mostre eficiente para os acidentes de trabalho pode não o ser em relação aos acidentes de viação ou aos acidentes de consumo, seja porque os fins a que se propõe são diversos, seja porque a estrutura da atividade é diversa, tudo a depender das variantes envolvidas em cada um dos cenários, dentre elas – e com especial relevo – as possibilidades de prevenção bilateral (que levará em conta as condições de cada um dos agentes envolvidos para fins de evitar o dano).

jurídicas (dentre elas a imputação por culpa, a própria responsabilidade objetiva, os seguros obrigatórios, a seguridade social, a exclusão da responsabilidade civil, dentre outras).

Não há dúvidas acerca do relevante espaço assumido pela prevenção nos últimos anos (e especialmente na sua variante representada pela ideia de precaução); tanto que o direito europeu em matéria comunitária tem introduzido relevantes novidades em matéria de imputação, as quais tendem a vir associadas a um discurso filosófico bem estruturado neste sentido⁸³¹. É difícil afirmar, contudo, que tal princípio venha a tornar-se um autêntico critério de imputação ao lado dos demais ou mesmo que possa assumir as vezes de unificador do fundamento da responsabilidade civil, pois, em uma perspectiva privatística, não aparenta acrescentar significado diverso daquele que se manifesta, de modo sintético, na categoria da culpa⁸³².

Para tanto, deve-se considerar que todas as ponderações atinentes à prevenção em decorrência da planificação dos custos e dos incidentes e do balanço entre eles são adequadas em uma determinada realidade industrial ou comercial, nas quais uma “decisão de mercado” tende a ser preponderante. Todavia, diante da plúrima realidade verificável nas mais variadas situações postas sob regimes de responsabilidade objetiva – e a sua multiplicidade é ampla, conforme já se teve oportunidade de demonstrar precedentemente, quando do exame da insuficiência das teorias do risco –, pode-se antever que não é adequado supor, especialmente naquelas atividades não caracterizadas por uma organização interna, que o agente tenha capacidade de ponderá-las na sua plenitude para fins de indução de prevenção⁸³³.

Isso não reduz a importância da prevenção no cenário da responsabilidade objetiva, mas apenas afasta o seu potencial para se constituir em fundamento da

⁸³¹ Sobre o tema, JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006, pp. 69-75, especialmente quando, a partir do que denomina “heurística do medo”, cria as condições teóricas para a estruturação dogmática da precaução, com grande importância ao dito “princípio responsabilidade” que se propõe a apresentar.

⁸³² CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità civile europea**. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 4, 2008, p. 800. Segundo o autor, a introdução do princípio da precaução no debate teórico sobre a culpa não criou condições reais para a obtenção de resultados além daqueles já obtidos.

⁸³³ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**, cit., pp. 568-569.

imputação, sem prejuízo de que se constitua em finalidade a ser atingida – mesmo que num plano secundário.

Desta feita, não se desconsiderando as diversas vicissitudes do sistema de imputação baseado na culpa, dentre elas os seus elevados custos e as suas dificuldades de promoverem o fracionamento das perdas ou o ressarcimento adequado dos prejuízos. Contudo, o fato de se constituir em um sistema misto – o que lhe permite agregar todos os objetivos possíveis dentro de um sistema misto – aliado ao fato de considerar o dano como um evento do interesse de ambas as partes atingidas – a viabilizar, por isso, a adoção de providências recíprocas e bilaterais, na medida das possibilidades de cada um dos agentes – permite-lhe atingir a prevenção de modo mais eficiente, em razão da promoção da redução dos custos dos acidentes (tanto em matéria de prevenção geral quando de prevenção específica)⁸³⁴.

3. O princípio da solidariedade

Todo o cenário até então delineado no curso da presente investigação somente reforça ainda mais a necessidade de se buscar um fundamento unitário da responsabilidade civil objetiva, porquanto não obstante as tentativas até então empreendidas não tenham sido efetivas neste intento, restaram por suscitar pontos de contato capazes de reforçar a convicção acerca da existência de um regime geral de imputação. Para tanto, apresenta-se adequado partir do pressuposto de que coexistem na disciplina em causa uma constante (fato danoso) e algumas variáveis (nexos de imputação), as quais, inclusive, podem ser suprimidas se, num dado momento histórico, apresenta-se possível a redução a um único critério de imputação⁸³⁵.

⁸³⁴ CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti...*, cit., pp. 309 e ss.

⁸³⁵ RODOTÀ, Stefano. *Il problema...*, cit., pp. 81-82.

Por isso – e à vista dos princípios até aqui analisados (risco, equidade e precaução) – o reforço da conveniência de uma sistematização aberta, mas ao mesmo tempo dotada de conteúdo consistente e uniforme, tendente a se resolver de modo concreto em um tipo de operação científica dotada de capacidade de ordenação, mesmo na presença de mutações da realidade. Nesta linha, a hipótese de legitimação da responsabilidade a ser proposta deve vir centrada numa construção baseada não sobre componentes subjetivos da conduta humana, mas sobre a modalidade do evento danoso a partir do qual se move para a formulação dos critérios de imputação, especialmente variáveis, aliás, num cenário de fragmentariedade muito próprio dos regimes de matriz objetiva⁸³⁶.

Tendo em conta os indícios angariados nas tentativas anteriores de demarcação de um fundamento uniforme para a imputação objetiva e à vista das diretrizes teóricas aqui postas, que devem servir de referencial ao mister que se busca, o princípio da solidariedade tende a ser destacado como uma hipótese que merece ser considerada.

E isso não apenas porque tem uma amplitude alargada capaz de abranger a totalidade das situações postas sob a égide da responsabilidade objetiva (inclusive aquelas por vezes denominadas de responsabilidade pelo sacrifício⁸³⁷, decorrentes de atos legalmente declarados como lícitos, não obstante previstos como fontes de um dever de reparação), mas também porque se conecta com a preocupação central do instituto, associada a uma especial valorização da condição da vítima e do dano por ela

⁸³⁶ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 82-84. Por isso mesmo a insuficiência do risco, pela sua reduzida abrangência para abarcar todas as situações, da equidade, pelo seu excesso de abertura, e da prevenção, pela sua conexão mais próxima com o comportamento do agente e com o seu grau de atividade do que ao dano em si mesmo considerando (não obstante os efeitos reflexos decorrentes da sua evitação).

⁸³⁷ Esta designação é especialmente frequente na civilística portuguesa. Sobre o tema, ver a síntese da problemática contida em FRADA, Manoel A. Carneiro da. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. O método do caso. Coimbra: Almedina, 2006, p. 85. Para maiores desenvolvimentos a respeito e sem prejuízo da sua retomada em momento mais oportuno à sistematização que se pretende, ver CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 713-719.

suportado, em contraposição à centralidade do ofensor e da sua conduta características da responsabilidade fundada no princípio da culpa⁸³⁸.

3.1 A noção jurídica de solidariedade e o juízo de imputação de danos

Assim como sucede com a prevenção, a relevância da noção jurídica de solidariedade é relativamente recente na civilística de tradição continental⁸³⁹, ao menos nas suas feições atuais e especialmente quando comparada com outras que com ela se imbricam, tais como liberdade, igualdade substancial e autonomia privada. Surge no centro do debate jurídico especialmente no pós-guerra⁸⁴⁰, muito em razão das controvérsias advindas de situações paradoxais com as quais se deparou a ciência do direito, que careceu de estruturar um discurso amparado na própria condição humana para dar respostas a tais problemas⁸⁴¹.

Daí porque a imprescindibilidade da sua adequada compreensão – ao menos nos seus termos mais atuais⁸⁴² – e do exame dos seus pontos de conexão com a

⁸³⁸ Para um paralelo entre os fins das responsabilidades subjetiva e objetiva e das suas associações respectivas com uma atuação ilícita e culposa do agente (centro na conduta) e com um prejuízo juridicamente relevante (centro no dano), MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 82.

⁸³⁹ A ideia de solidariedade não é exclusiva do direito civil ou muito menos da ciência jurídica. Para uma evolução sobre o tema, com percuciente análise da sua transmutação de dever moral em regra jurídica, ver RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**. Un'utopia necessaria. Roma/Bari: Laterza, 2014, pp. 11-19.

⁸⁴⁰ Não se pode deixar de reconhecer que, em verdade, a origem da ideia de solidariedade (ou de solidarismo), transversal que é, remonta ao século XIX, especialmente à vista da doutrina francesa preconizada por León Bourgeois, Célestin Bouglé, Émile Durkheim e Charles Gide. Para uma síntese a respeito, ver USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 12 e ss.

⁸⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44. A designação *solidariedade* é multifacetada mesmo no direito civil. Para ficar restrito ao campo do direito das obrigações, pode-se aludir não ao princípio jurídico que ora se pretende tratar (que está presente, também, no direito constitucional, de onde foi importado pela civilística), mas à natureza da obrigação que tem pluralidade de sujeitos e em relação à qual todos são devedores ou credores da dívida por inteiro (a depender se passiva ou ativa a solidariedade). O sentido que ora se emprega não é propriamente aquele dogmático (da natureza da obrigação), mas principiológico. Com referência a esta contraposição, mencionando que antes da consagração expressa do princípio em causa nos textos constitucionais, a referência à solidariedade estava circunscrita à natureza da obrigação (caracterizada pela pluralidade subjetiva e pela unidade da prestação), ver MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (coord). Os princípios da Constituição de 1988. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167.

⁸⁴² É importante referir a imprescindibilidade de uma adequada compreensão do conteúdo atual da solidariedade, isso tendo em conta a destacada “revalorização” sofrida pelo princípio nos últimos anos,

gestão dos danos, tudo com vistas a aferir a sua suficiência para fins de se habilitar a constituir princípio apto a legitimar um regime geral de responsabilidade objetiva.

3.1.1 *Por uma demarcação da atual noção jurídica de solidariedade*

Consoante já diversas vezes tratado, o individualismo foi marca da sistematização do direito civil moderno; tanto que o limiar do século XX e as suas necessidades foram cruciais para a superação deste paradigma⁸⁴³, que se deu por meio do reconhecimento da sua inarredável alteridade⁸⁴⁴. Ora, se o indivíduo nasce e se desenvolve em sociedade, no seio da qual estabelece todas as suas relações privadas, não há como se pretender a realização dos seus mais variados interesses desconsiderando a noção alargada de solidariedade social, que passa, por isso, a ser percebida como um dos fundamentos elementares do direito civil⁸⁴⁵.

Ocorre que a solidariedade, mesmo que reconhecida a sua incidência imperativa no âmbito das relações privadas, tem um conteúdo deveras polissêmico⁸⁴⁶, quiçá ambíguo⁸⁴⁷, prestando-se a muitas finalidades, o que pode, por vezes, diminuir a sua solidez dogmática (especialmente na aptidão ao fim a que ora se pretende). Por

o que permitiu uma nova recepção no direito privado, mas com uma feição um tanto adaptada às novas necessidades. Assim, USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil...**, cit., pp. 45-46.

⁸⁴³ Nas precisas palavras de MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade**: os cumes das montanhas e os universos submersos. Revista Letras, Santa Maria, v. 32, (145-166), jun. 2006, p. 149, “[o] individualismo não é a doutrina do indivíduo, mas o indivíduo desconectado da comunidade”, razão pela qual “[n]ão se passa do individualismo ao solidarismo social em um instante de tempo”, já que isso pressupõe a necessidade de uma inarredável “alteração cultural”.

⁸⁴⁴ CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha. 3ed. Coimbra: Coimbra, 2012, pp. 33-35.

⁸⁴⁵ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 29. Tanto que é neste preciso contexto que se dá a conexão entre igualdade e solidariedade, pois, ainda consoante o autor, pp. 30-31, “[n]ão é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. [...] Se uma doutrina adota como lógica definida a igualdade absoluta e matemática dos homens, ela se opõe à realidade e por isso deve ser prescindida”. Na mesma linha, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios...**, cit., pp. 44-45, quando ressalta que a nova “tábua axiológica” consagrada pelas Constituições hodiernas reconhece a solidariedade e a justiça distributiva como meios para se alcançar a igualdade substancial, o que implica na absoluta necessidade de transposição destes preceitos às relações privadas.

⁸⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35.

⁸⁴⁷ BUSNELLI, Francesco Donato. **Il principio di solidarietà e “l’attesa della provvera genti”**, oggi. Persona e Mercato, Firenze, n. 2, pp. 101-116, 2013, p. 103.

isso se afigura imprescindível uma adequada demarcação dos seus atuais contornos, especialmente na faceta que interessa ao direito civil, a fim de que, nesta condição, possa vir a satisfazer a necessidade de legitimação de um regime geral de responsabilidade objetiva.

Na sua gênese iluminista, é possível verificar uma vinculação à ideia de fraternidade, a qual, contudo, restou um tanto eclipsada no curso de todo o século XIX – em especial quando comparada às igualmente basilares *liberté* e *égalité* –, diante dos anseios individualistas que restaram acolhidos pelo direito privado então sistematizado pela codificação⁸⁴⁸. Ocorre que mesmo a ideia de fraternidade, sem prejuízo da sua precondição para que se possa atribuir significado útil à liberdade e à igualdade⁸⁴⁹, também veio caracterizada por uma polissemia que, de algum modo, impediu o seu pleno desenvolvimento⁸⁵⁰.

Esta confusão conceitual, que se materializa por intermédio de uma quase sinonímia, pode ser verificada no fato de que, para fins de recuperar a força da noção de fraternidade – que se deveria apresentar cara àquele momento histórico, já que um dos fundamentos da Revolução –, faz-se alusão à solidariedade. Ocorre que tal recurso somente contribuiu a reforçar a ambiguidade de ambas e a demonstrar o reconhecimento hoje possível de uma maior debilidade desta (fraternidade) em relação àquela (solidariedade)⁸⁵¹.

A correlação entre fraternidade e solidariedade permitiu, ainda, a alusão, em maior ou menor intensidade, a elementos inerentes a uma feição cristã⁸⁵². Isso implicou – sem prejuízo de algum obstáculo oposto pelas pretensões de laicidade que se reforçavam no período – a remissão a noções que, em verdade, eram e são

⁸⁴⁸ Sobre o tema, aludindo a uma assim denominada “*solidarietà illuministica*”, BUSNELLI, Francesco Donato. **Il principio di solidarietà...**, cit., p. 104.

⁸⁴⁹ RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., p. 24.

⁸⁵⁰ Tanto que, consoante assinala BUSNELLI, Francesco Donato. **Il principio di solidarietà...**, cit., p. 104, não é raro identificar a indução da substituição da sua síntese pela noção de democracia, em um completo desvirtuamento da essência que ora interessa ao objeto da presente investigação.

⁸⁵¹ RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., pp. 20-21. Em verdade, a fraternidade também foi renovada ao longo do século XX, em paralelo ao que sucedeu com a solidariedade; sobre o tema, RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma/Bari: Laterza, 2002, pp. 15 e ss.

⁸⁵² BUSNELLI, Francesco Donato. **Il principio di solidarietà...**, cit., p. 104. Segundo o autor, esta acepção decore da ideia de solidariedade presente no dogma cristão da “*fratellanza di tutti gli uomini in Cristo*”.

estranhas à juridicização que se pretende, tais como caridade, beneficência e compaixão⁸⁵³, reforçando um estigma de benevolência que pressupõe situações de subalternidade, tudo a contribuir ainda mais para uma feição inegavelmente ambígua do ainda incipiente princípio da solidariedade⁸⁵⁴.

A mutação da realidade político-social de seguida verificada permitiu, por evidente, uma sequencial mutação do conteúdo do princípio. Observa-se, nesta linha, a estruturação de uma solidariedade assim dita corporativa⁸⁵⁵, por vezes até com algumas nuances contraditórias com a sua aceção precedente. Associada com o sentimento de pertencimento a uma determinada comunidade, com a ideia de fazer parte, de ser membro de um grupo (o que, na essência, não é equivocado), permitiu, por isso, a construção de um conceito vinculado aos fins do Estado e à supremacia dos seus interesses, o que, inclusive (mas não de modo exclusivo), serviu de base à justificação de uma série de regimes totalitários⁸⁵⁶.

Todas estas aceções chegam ao século XX um tanto descontextualizadas e até, por vezes, incompatíveis com as novas realidades características do período⁸⁵⁷. Daí porque a necessidade de repensamento dos seus termos, tal qual sucedeu, aliás, de um modo geral e com cronologia semelhante, com a responsabilidade civil e os seus dogmas até então reinantes.

⁸⁵³ Sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 336-337, assinala a existência, no passado, de uma associação entre solidariedade e “deveres de caridade no campo moral”. Na mesma linha, pontuando a equivocada vinculação da solidariedade como algo entre direito e moral, entre justiça e caridade, USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil...**, cit., p. 54.

⁸⁵⁴ RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., p. 25. Conforme assinala o autor, p. 26, esta aceção ainda não foi de todo abandonada, o que se infere da referência, especialmente em documentos internacionais, à ideia de solidariedade enquanto direito ao alimento, por exemplo, a preservar ainda em uma lógica predominantemente caritativa.

⁸⁵⁵ Com uma síntese evolutiva a respeito desta aceção, inclusive com os desenvolvimentos teóricos que lhe serviram de base e com a constatação de que, mesmo superada, restou por deixar frutos no Código Civil italiano de 1942, ver BUSNELLI, Francesco Donato. **Il principio di solidarietà...**, cit., p. 105.

⁸⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...**, cit., p. 36. No mesmo sentido, BUSNELLI, Francesco Donato. **Il principio di solidarietà...**, cit., p. 105.

⁸⁵⁷ Não obstante assim pareça no campo do direito privado, deve-se registrar que as aceções anteriores não foram de todo abandonadas pelas ciências humanas correlatas ou mesmo pela própria ciência jurídica. Tal se verifica na associação entre solidariedade e fraternidade ainda hoje presente, por exemplo, na obra de RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 112-113.

Passa a ganhar relevo, neste cenário, a solidariedade enquanto valor – aqui contraposta à solidariedade fática, que se materializa na mera coexistência –, a qual vem identificada como um resultado da “consciência racional dos interesses comuns” que se satisfaz na ideia de reciprocidade entre iguais a ela imanente⁸⁵⁸. Disso, inclusive, decorre a conexão entre solidariedade e igualdade, na medida em que os elementos normativos que se recolhem desta reciprocidade são comuns⁸⁵⁹.

Fala-se, portanto, em uma acepção do princípio da solidariedade materializada em autêntica ação promocional da coesão social⁸⁶⁰, que se efetiva por meio de um ideal de justiça distributiva tendente a viabilizar a consecução da igualdade substancial⁸⁶¹ e da liberdade situada⁸⁶². Ou seja, trata-se da criação de condições iguais a todos a fim de que se possam desenvolver plenamente enquanto indivíduos, mas sem perder de vista que isso somente é possível em comunidade; pressupõe, portanto, um equilíbrio entre o sujeito e as instituições, o que se viabiliza por meio de “sacrifícios compartilhados”⁸⁶³.

E todo este ideário – até mesmo em decorrência da sua associação à noção já mencionada de alteridade – pressupõe o reconhecimento da necessidade de cooperação e de conciliação de interesses envolvidos, o que se dá por intermédio de uma “mescla de modelos”. Nesta linha, a liberdade somente será plena se tiver o seu exercício associado à lealdade, a estabilidade tão só será efetiva se acompanhada da equidade e a segurança apenas será atingida se agregada à justiça⁸⁶⁴.

⁸⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios...**, cit., pp. 46-47. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 445.

⁸⁵⁹ NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, a.6, n.1, pp. 09-43, jan./mar. 1996, p. 40.

⁸⁶⁰ USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil...**, cit., p. 45. Mais uma vez, conforme MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade...**, cit., p. 151, “[o] que tece uma comunidade é a solidariedade voluntária, a mutação em prol de interesses supra-pessoais, a existência de laços de cooperação e de mútua confiança que subjazem à busca de uma *utilidade comum*”.

⁸⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**, cit., pp. 168-169.

⁸⁶² Assim entendida como “a liberdade que se exerce na vida comunitária”; sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade...**, cit., p. 151.

⁸⁶³ TAKOI, Sérgio Massaru. **Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, a. 17, v. 66, (293-310), jan./mar. 2009, p. 295.

⁸⁶⁴ USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil...**, cit., pp. 46-47.

A redescoberta da solidariedade⁸⁶⁵ – que, pela nova feição que assume, pode mesmo ser vista enquanto manifestação da socialidade⁸⁶⁶ – pressupõe, contudo, uma depuração dos conteúdos estritamente laico (tradição oitocentista francesa) e religioso antes assinalados⁸⁶⁷, o que se opera por meio da “transformação dos deveres morais de beneficência em deveres jurídicos de segurança”⁸⁶⁸. Tudo sem perder de vista, por evidente, as vicissitudes hodiernas, deveras influenciadas por uma realidade pós-moderna que não pode ser desconsiderada⁸⁶⁹, já que com inegável aptidão para interferir na demarcação do conceito jurídico em causa.

É neste exato contexto que o princípio da solidariedade passa a adquirir uma feição de pertença, de partilha e de corresponsabilidade⁸⁷⁰, a qual, associada às ideias de gestão dos recursos disponíveis e das ações individuais e coletivas⁸⁷¹, vem marcada por uma soma de valores que, por isso, conecta-lhe intimamente com os objetivos perseguidos pela imputação objetiva de danos e, bem assim, autoriza hipotisar a sua condição de fundamento de legitimidade de um dever geral de indenizar para além da culpa enquanto nexo de imputação.

⁸⁶⁵ Fala-se mais precisamente em uma autêntica refundação do princípio da solidariedade, que passa a ser visto não como algo dado, mas como algo a ser construído e concretizado, capaz, portanto, de trazer em si a ductilidade necessária capaz de dar respostas a demandas nem sempre lineares, muito propícia de uma realidade mutável pós-moderna. Sobre o tema, TAKOI, Sérgio Massaru. **Breves comentários...**, cit., pp. 297-299.

⁸⁶⁶ Consoante MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade...**, cit., p. 151, a solidariedade passa, assim, a ser entendida como “instituição jurídica da socialidade”.

⁸⁶⁷ BUSNELLI, Francesco Donato. **Il principio di solidarietà...**, cit., p. 115.

⁸⁶⁸ CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade**. O tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

⁸⁶⁹ É pertinente neste contexto a pergunta que formula RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., p. 84, nos seguintes termos: “Può la solidarietà sopravvivere nel tempo dell’individualizzazione crescente, della globalizzazione, della «morte del prossimo»?”. Pergunta esta que, diante da necessidade de transição antes assinalada, somente se soma à ruptura decorrente do passamento de uma dita “mentalidade pré-moderna” para um inegável “culto pós-moderno à individualidade atomizada, com o que, ainda como ideal, o sujeito civil (ao qual correspondia uma esfera de deveres, no sentido kantiano) é substituído pelo sujeito narcisista, emancipado de todo o enquadramento normativo pré-jurídico, seja ele de natureza cultural, política ou ideológica”; assim, MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade...**, cit., p. 154. Em verdade, diante de todos este contexto, a ideia atual de solidariedade apresenta-se, nas palavras de TAKOI, Sérgio Massaru. **Breves comentários...**, cit., p. 297, como algo a ser “construído e concretizado” e, portanto, em constante ebulição.

⁸⁷⁰ TAKOI, Sérgio Massaru. **Breves comentários...**, cit., p. 296.

⁸⁷¹ RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., p. 85.

3.1.2 *Solidariedade, «alterum non laedere» e gestão de danos*

Toda esta delimitação teórica atribui ao princípio em causa expressiva relevância no direito privado e, de forma muito viva, no direito das obrigações como um todo. No seu campo de atuação, no qual vem inserida a responsabilidade civil, a solidariedade passa a ser entendida em uma acepção dúplice: de um lado, enquanto interdependência apta a induzir a necessidade de satisfação de deveres recíprocos entre cada um dos indivíduos (dimensão singular) e o grupo (dimensão coletiva); de outro, enquanto reconhecimento da pluralidade social, que exige o respeito às diferenças e às diversidades, com vistas a, diante disso, resolver eventuais conflitos que se possam estabelecer entre os sujeitos⁸⁷².

Especificamente em matéria de imputação de danos, a necessidade da demarcação de um fundamento uniforme de legitimidade para a responsabilidade civil tem justificado a retomada da discussão acerca da oportunidade de um preceito geral de *alterum non laedere*⁸⁷³, aqui entendido como síntese de todos os deveres específicos impostos a qualquer um em relação aos interesses dos outros. E isso especialmente tendo em conta o fato de que o sistema de ressarcimento de danos apresenta-se alicerçado em preceitos normativos de ordem geral sobre os quais se estrutura a responsabilidade civil enquanto instituto jurídico, inclusive no que tange às situações de imputação objetiva, tradicionalmente marcadas pela fragmentariedade⁸⁷⁴.

⁸⁷² MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 147. Nas precisas palavras do autor, o princípio da solidariedade, no âmbito do direito das obrigações, “[p]ressupõe a ideia de interdependência social e existência de deveres recíprocos entre todos os indivíduos de uma comunidade. E da mesma forma, é a diretriz de um comportamento cooperativo seja no plano da coletividade, seja como pauta das relações sociais e jurídicas. Resulta da solidariedade, igualmente, o reconhecimento das diferenças e da pluralidade de interesses do grupo social, cujas tensões se solucionam mediante a distinção entre processos comunicativos pautados pela convergência e proximidade”.

⁸⁷³ BUSNELLI, Francesco Donato; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3ed. Torino: Giappichelli, 2013, p. 164. Segundo os autores, o que justificaria uma “nuova e diversa rilevanza” ao princípio do *noeminem laedere* seria a superação da tradicional feição [exclusivamente] sancionatória da responsabilidade civil.

⁸⁷⁴ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 84-85.

A constatação, contudo, de estar a responsabilidade civil baseada na obrigatória existência de um prejuízo juridicamente relevante⁸⁷⁵, o qual passa a ser o fundamento positivo do dever de reparar – diante da natureza normativa do conceito em causa – diminui a utilidade de uma possível cláusula geral de não causar danos e conecta ainda mais o instituto ao princípio geral de solidariedade⁸⁷⁶, norteador não apenas de relações jurídicas já definidas, mas, de igual modo, da posição dos sujeitos enquanto membros de uma mesma comunidade⁸⁷⁷.

Neste particular, cumpre reconhecer que a dimensão do princípio em causa se alarga, passando de uma solidariedade para com os seus a uma solidariedade para com todos, a qual tende a refletir os riscos da vida e da morte que atingem, indiscriminadamente, os indivíduos de modo geral e irrestrito, e bem serve a retratar a necessidade de, em dadas situações, reforçar mecanismos de proteção da vida em sociedade em face de intervenções não consentidas (tanto pelo próprio sujeito quanto pelo ordenamento em si considerado)⁸⁷⁸.

Especificamente no campo da responsabilidade civil, a hodierna compreensão da solidariedade pressupõe o reconhecimento de que a atuação humana, por natureza, produz efeitos em relação aos outros. Daí a imprescindibilidade

⁸⁷⁵ A existência de um dano juridicamente relevante apresenta-se como premissa inarredável do surgimento do vínculo obrigacional indenizatório em todos os regimes de imputação. Sem prejuízo desta constatação, deve-se aqui consignar, consoante referido precedentemente, a existência de um debate já iniciado sobre a viabilidade de uma assim denominada “responsabilidade sem dano”. Sobre o tema, uma vez mais, LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução...**, cit., pp. 133 e ss. Pede-se vênia, todavia, para tangenciar a problemática, porquanto não há dúvidas de que a premissa pela qual se começou (imprescindibilidade da existência de um prejuízo relevante) ainda é, consoante a doutrina largamente majoritária nos três sistemas jurídicos em comparação, intransponível.

⁸⁷⁶ Não há dúvidas de que a conexão entre o princípio da solidariedade e o instituto da responsabilidade civil tende a se apresentar como uma manifestação do fenômeno que se tem denominado constitucionalização do direito civil. Sobre o tema, MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade – Revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, v. 9, n.29, pp. 233-258, jul./dez. 2006, pp. 233 e ss. Todavia (e sem desconsiderar o assento que o princípio recebeu nos textos constitucionais vigentes nos sistemas sob comparação, consoante artigos 2º, 1º e 1,º, inciso IV, e 3º, inciso I, respectivamente, das Constituições italiana, portuguesa e brasileira), é de se assinalar que a solidariedade passa a receber, por parte da civilística, um tratamento autônomo em relação àquele que lhe foi relegado pelo direito constitucional. Neste sentido, dentre outros tantos, MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**, cit., pp. 147-149.

⁸⁷⁷ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 87-89.

⁸⁷⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Responsabilidade Civil. Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, pp. 27-28 e 31.

de se refletir acerca das consequências que a resolução de situações de conflitos de interesses produz na vida das pessoas (não apenas aquelas diretamente envolvidas no evento) e da comunidade como um todo, de modo a permitir, *pari passu*, a estruturação de um regime equilibrado que tome por concomitante referência a ótica do lesante e do lesado⁸⁷⁹.

Nesta linha de concretização, é possível extrair da solidariedade um genuíno dever de comportamento destinado a não causar danos a outrem fora dos limites da legítima tutela dos interesses próprios⁸⁸⁰, o que pode ser considerado como indício de um único princípio de valoração ético-social do exercício dos direitos, o qual se especifica diversamente em relação a cada um deles⁸⁸¹.

Como visto precedentemente, com o princípio da solidariedade imbricam-se outros de idêntica magnitude e de grande relevância à gestão dos danos – dentre eles liberdade, igualdade e autonomia privada, para citar os mais relevantes. E é justamente a releitura destes preceitos a partir de diretrizes de alteridade e de socialidade que permite a solução de situações envolvendo conflitos de interesses entre estranhos (*rectius*, entre não contratantes) que, não obstante pudesse ser feita a partir do princípio da culpa, demanda um olhar mais abrangente.

Não há dúvidas de que o exercício de posições jurídicas é ponto chave na gestão de danos. E o contraponto do princípio ora sob exame em relação à autonomia privada tem a sua solução centrada na máxima segundo a qual este exercício encontra fim onde começa a esfera de ação da solidariedade, de modo que qualquer contato interpessoal juridicamente relevante tem o seu pressuposto apenas na existência de uma esfera de interesses tutelados voltada a proteger-lhe de violações⁸⁸². A solidariedade não está restrita aos casos em que já exista uma relação jurídica entre os

⁸⁷⁹ USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil...**, cit., pp. 54-55.

⁸⁸⁰ Neste exato ponto é que reside o divisor de águas entre o dano em si e o dano juridicamente relevante, pois a solidariedade não desconhece que a produção de externalidades negativas, por vezes, pode ser legítima à vista de uma ponderação de interesses contrapostos.

⁸⁸¹ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 90-92.

⁸⁸² RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 93-94.

envolvidos, ultrapassando, portanto, o âmbito circunscrito dos contratos⁸⁸³ para se referir de um modo mais articulado em todas as relações interindividuais⁸⁸⁴, especialmente aquelas aptas a gerar prejuízos não consentidos a terceiros e que, por isso, demandam a incidência das normas de responsabilidade civil.

Para tanto, não se pode deixar de considerar que a imputação de danos tem subjacente em si a solução de controvérsias associadas ao problema da gestão dos recursos disponíveis, por vezes entendida enquanto gestão comum de determinados bens, tudo a partir de uma relação de liberdade e de igualdade que merece ser desenvolvida a partir de um preceito geral de solidariedade⁸⁸⁵.

Como desdobramento desta premissa, o ordenamento não apenas conhece a admissibilidade de um agir danoso para os terceiros como considera a atividade livre dos sujeitos como uma contínua fonte de danos, muitos deles considerados irrelevantes, sendo certa, portanto, a diferença entre prejuízos causados e prejuízos ressarcíveis (estes são gênero da espécie formada por aqueles). Por isso é que a existência de danos destinados a permanecerem sem reparação pode ser considerada para a realização da crítica ao uso enfático de uma pura e simples cláusula geral de *alterum non laedere*; todavia, a adequada demarcação dos prejuízos ressarcíveis por meio do estabelecimento da relevância jurídica do dano é donde se extrai o verdadeiro princípio que rege a matéria⁸⁸⁶.

Em outras palavras, não obstante a autonomia privada seja uma máxima, resta evidente que o sistema jurídico tem por objetivo por algum limite à atividade danosa contra terceiros, fazendo com que o âmbito dos danos ressarcíveis (em contraponto àqueles que não o são) venha circunscrito não propriamente com base no intento do agente, mas na utilidade retirada da sua fonte⁸⁸⁷. E é neste exato cenário que o princípio da solidariedade, com toda a sua capacidade de articulação, pode

⁸⁸³ Como poderia parecer a partir de uma conexão mais próxima e direta entre solidariedade e função social do contrato. Sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade...**, cit., pp. 149-151.

⁸⁸⁴ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 95-96.

⁸⁸⁵ RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., p. 85.

⁸⁸⁶ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 98-99.

⁸⁸⁷ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., p. 101.

promover o balanceamento e a identificação do equilíbrio entre interesses diversos que se encontram contrapostos a partir do evento danoso⁸⁸⁸.

Note-se que não se está a falar daquela solidariedade caritativa ou benevolente referida em momento precedente que, de maneira até maniqueísta, tendia a identificar sujeitos inferiores que, por isso, em uma determinada relação, necessitavam de uma solução jurídica que lhes favorecesse como uma recompensa pela sua condição. Trata-se, em verdade, de um princípio com conteúdo revisitado que, não obstante identifique situações de desigualdade, tende a corrigi-las por meio da sua conexão com a liberdade, a isonomia substancial e a iniciativa privada, mas a partir de uma lógica não apenas de utilidade social, mas também de igual dignidade social (*pari dignità sociale*)⁸⁸⁹.

Diante destas ponderações é que se pode concluir que a solidariedade se especifica com referência ao momento do dano, de modo a contribuir na demarcação daqueles que serão ressarcíveis e constituir, assim, norma de extrema amplitude no que tange às situações em relação às quais se poderá falar de dano em sentido jurídico⁸⁹⁰. Exatamente nisso é que reside o seu potencial para se constituir em fundamento uniforme da responsabilidade objetiva, o que merece, portanto, ser mais de perto aferido.

3.2 Responsabilidade objetiva e princípio da solidariedade

Diante de todas as premissas delineadas ao longo das diversas tentativas de se identificar um fundamento uniforme capaz de integrar as várias *fattispecie* de responsabilidade objetiva em um regime jurídico de natureza geral, é possível verificar

⁸⁸⁸ RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., p. 88.

⁸⁸⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis...**, cit., p. 37. Na mesma linha, RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., pp. 89-90, quando fala de uma solidariedade que não se revela apenas na polarização entre fortes e fracos, mas em princípio constitutivo de laços sociais e de paridade nos direitos.

⁸⁹⁰ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., p. 105.

que, mesmo quando analisados possíveis fatores diversos de legitimação, alguns traços persistem em se apresentarem como verdadeiras constantes.

E a solidariedade, até o momento, vem-se apresentando como o princípio com mais condições de se conectar com estas constantes e, por isso, assumir o posto de fundamento unificador do instituto, pelo que se apresenta oportuna uma aferição mais próxima da sua interface direta com a responsabilidade objetiva, tarefa que, de pronto, se passa a empreender.

3.2.1 *A solidariedade enquanto fundamento da imputação objetiva*

Consoante se pode inferir a partir do percurso investigativo já empreendido, a existência de uma série de preocupações que se apresentam como constantes, seja nos mais variados regimes de imputação objetiva vigentes, seja nos princípios hipotizados até o momento, constitui-se em indício revelador da pretendida uniformidade que ensejaria a estruturação de um regime geral de responsabilidade sem culpa. E são elas a centralidade do dano em relação à conduta, a conveniência de uma especial ponderação dos interesses da vítima e a existência de uma vinculação entre a condição do lesante (seja pessoal ou funcional) e o prejuízo causado.

Tudo isso porque a responsabilidade objetiva atenta menos à efetiva concorrência do, em tese, lesante para o desfecho danoso e mais à conveniência de que o lesado, naquela circunstância, não permaneça sem reparação. Aceita-se para este fim – até mesmo para não se cancelar a arbitrariedade – a existência de uma especial vinculação preexistente entre o dano e o agente responsável⁸⁹¹ para fins de, a partir disso, construir um nexo de imputação (por exemplo, o fato de ser pai ou guardião do menor ou de ser possuidor do animal, mesmo que ele não tenha nenhuma condição especial de periculosidade) apto a lhe impor o dever de reparar para além

⁸⁹¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 85, fala em “ligações especiais”.

dos casos em que se reconheça a concreta incidência do brocardo *ubi commodā, ibi incommoda*⁸⁹².

Nesta linha é que as considerações antes assinaladas se conectam intimamente com o princípio da solidariedade enquanto autêntico limite geral da ação dos sujeitos. Assim, não bastaria a constatação de que o contato social foi fonte de dano se este não estiver caracterizado por um juízo de desvalor que se mostra idôneo a discriminar, dentre as várias situações existentes, aquelas nas quais é possível fazer surgir uma obrigação de ressarcimento. E este processo deverá ser guiado por critérios jurídicos e não empíricos, guardando referência na estrutura da situação lesada com prevalência de considerações objetivas, até mesmo em razão da natureza do regime geral de imputação que ora se pretende estruturar⁸⁹³.

É de se reconhecer que, assim, nestas circunstâncias, surge a real consciência de que a responsabilidade objetiva deixa de ser uma imputação decorrente da causa – seja ela a conduta culposa em si ou mesmo a conduta apta a representar uma especial fonte de risco ou de perigo – para se constituir em uma imputação baseada no resultado (dano). A partir disso, afasta-se propriamente de uma verdadeira socialização dos riscos – e por isso mesmo a insuficiência do risco *lato sensu* enquanto fundamento uniforme de legitimidade da responsabilidade objetiva – para se converter, a partir de um autêntico debate finalístico pautado pelo princípio da solidariedade, em instrumento relacionado à socialização dos prejuízos⁸⁹⁴.

⁸⁹² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., p. 29.

⁸⁹³ Segundo RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 109-110. Ainda segundo o autor, p. 111, especialmente ao analisar a relação entre o princípio da solidariedade e o dever de diligência (associável que é com a culpa), do qual, com frequência se fala na doutrina, pode-se concluir que este é visto como uma decorrência daquele apenas por quem persiste em construir a responsabilidade civil unicamente sob o ponto de vista da ação do sujeito causador do dano. Daí que a diligência, em verdade, refere-se aos casos em que já existe um sujeito encarregado de uma obrigação determinada, apresentando-se como critério para valorar a compatibilidade entre a conduta adotada e o que era devido e como qualidade de um comportamento, não podendo, ao mesmo tempo, constituir o seu limite; por isso é lícito as situações nas quais qualificar como diligente a ação de um sujeito não é suficiente para evitar uma obrigação de ressarcir os danos causados, a afastar, por conseguinte, uma interconexão sua com o princípio da solidariedade, apta que seria a opor dúvidas à capacidade deste para se constituir em fundamento uniforme de um regime geral de responsabilidade objetiva.

⁸⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., p. 30. No mesmo sentido, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 85, quando alude à responsabilidade objetiva por acidentes do trabalho

As presentes conclusões desenvolvem-se a partir da premissa segundo a qual, contraposta à justiça comutativa (típica das situações de imputação subjetiva legitimadas no princípio da culpa), a justiça distributiva, inerente à solidariedade e legitimadora da responsabilidade objetiva⁸⁹⁵, vem considerada, na linha da socialização dos prejuízos, enquanto fator de repartição dos bônus e dos ônus da vida de relação entre os membros que integram uma dada comunidade⁸⁹⁶. Parte, para tanto, da construção aristotélica segundo a qual enquanto a justiça comutativa⁸⁹⁷ tende a equacionar a interação voluntária entre os sujeitos, a justiça distributiva busca, a partir de situações especiais – tal qual o são as *fattispecie* de responsabilidade objetiva –, a gestão dos bens dotados de valor e passíveis de partição entre os componentes de uma comunidade política⁸⁹⁸.

Em desenvolvimento a esta linha de construção, apresenta-se possível considerar que a ideia de injustiça que demarca a relevância jurídica do dano não está exclusivamente a indicar a não ressarcibilidade de todos os prejuízos, mas a relevância daqueles que se produzem em razão de um contato social, o qual não se pode referir genericamente a toda e qualquer relação intersubjetiva, mas apenas àquelas que se estabelecem em ordem de uma situação juridicamente relevante⁸⁹⁹.

Nestes termos – e particularmente no campo de legitimação da responsabilidade objetiva, diante de uma menor restrição das possibilidades de se obstar o surgimento do dever indenizatório –, o limite imposto pelo princípio da

que, segundo o autor, “se deixa distinguir da responsabilidade pelo risco”, pois “exprime a distribuição dos prejuízos ocasionados por uma atividade”.

⁸⁹⁵ A associação entre justiça comutativa e responsabilidade subjetiva e justiça distributiva e responsabilidade objetiva, mesmo que a partir de uma terminologia mais reducionista (aludindo a regimes por culpa e por risco), é antiga na doutrina civilística. Assim se infere, v.g., já em ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de Obligaciones**. Atual. Heinrich Lehmann. Trad. Blas Pérez Gonzales e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1933, v. I, p. 1024.

⁸⁹⁶ ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. **Justiça distributiva e responsabilidade civil**, cit., p. 95.

⁸⁹⁷ A justiça comutativa interessa muito de perto à normalidade das relações privadas, pois alicerçada na igualdade, na paridade e na plena autonomia da vontade; por isso a sua associação às hipóteses tradicionais de responsabilidade por culpa, nas quais não existe um elemento desestabilizador dos interesses envolvidos que justifique uma especial intervenção do direito para fins de se assegurar uma isonomia material. Para uma noção geral sobre o tema no âmbito do direito privado, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Teoria Geral. 2ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, pp. 14-15.

⁸⁹⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Mário da Gama Kury. In: _____. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p. 197.

⁸⁹⁹ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 111-112.

solidariedade deve atuar em todas as situações nas quais está prevista uma forma de proteção legislativa qualquer. E a restrição antes mencionada, aliás, não vem limitada à verificação de uma violação de direitos subjetivos (que mesmo nos regimes baseados na culpa já está deveras mitigada e sequer é pressuposto necessário à obrigação indenizatória de matriz objetiva), mas à existência de um dever imposto a determinado sujeito em relação ao outro que, na situação concreta, se materializa por meio da observância da solidariedade⁹⁰⁰.

Diante de tudo isso, o dano terá relevância e se legitimará – em um regime geral de imputação, tal qual se está a propor – por meio da comparação do modo em que a situação estaria apresentada sem a violação do princípio de solidariedade e aquela na qual se encontra a violação ocorrida⁹⁰¹. Daí porque, tomando por base esta premissa, converte-se o que a doutrina mais tradicional persiste em denominar *responsabilidade pelo risco*⁹⁰² em autêntica categoria unitária passível de ser dita *responsabilidade objetiva* (independente de culpa ou de qualquer outro nexo de imputação de matriz subjetiva), fundada que está na necessidade de, diante da satisfação de determinados padrões, garantir-se a concretização de um dado preceito de justiça distributiva que se satisfaz com a reparação do dano causado⁹⁰³.

Deve-se ter presente, contudo, que a produção de solidariedade – inclusive, e especialmente, por meio da responsabilidade civil – não se dá a custo zero, pois exige capital social e recursos financeiros direcionados a este fim⁹⁰⁴, que demandam, por isso, um uso legítimo. Daí que a justificação de um dever de reparar nas hipóteses em que o desvalor da atuação do agente não é relevado (como ocorre nos regimes de matriz subjetiva) exige uma adequada avaliação, impondo que o seu

⁹⁰⁰ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 112-113.

⁹⁰¹ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., p. 113.

⁹⁰² VON TUHR, Andreas. **Tratado de las Obligaciones**. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1934, t. I, p. 201; LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**, cit., t. II, pp. 663-665; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos...**, cit., pp. 88-89; TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 7ed. Coimbra: Coimbra, 2010, reimpressão, p. 216; dentre outros.

⁹⁰³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., pp. 30-31. Na mesma linha, convergindo com a conclusão segundo a qual responsabilidade objetiva exprime uma autêntica justiça distributiva, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 84.

⁹⁰⁴ RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**, cit., p. 126.

uso seja – até mesmo em razão da incidência do próprio princípio da solidariedade – ponderado e equilibrado.

E tal somente se dará a partir de um juízo de conveniência que leve em conta não apenas a condição do lesado e a centralidade do dano, mas também os custos inerentes à responsabilização e as consequências da sua projeção no contexto coletivo em que inserido. Ora, se a solidariedade – desvinculada que está de um viés caritativo ou benevolente, consoante tantas vezes já asseverado – pressupõe não apenas integração, mas mútua relação entre os sujeitos envolvidos, o uso da responsabilidade objetiva que dela decorre deve ser visto como um remédio necessário que, se não bem dosado, pode-se converter em veneno⁹⁰⁵. E a baliza para tanto será o próprio princípio da solidariedade.

Todo este panorama, que se viabiliza a partir do exato amoldamento dos anseios que se concretizam nas mais variadas situações de responsabilidade objetiva à noção jurídica hodierna de solidariedade, tem permitido um reconhecimento – não apenas na doutrina⁹⁰⁶, mas também na jurisprudência⁹⁰⁷ – da adequação do princípio

⁹⁰⁵ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade Civil**. A culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210.

⁹⁰⁶ Neste sentido, dentre outros, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 31-32; SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., p. 31. Ainda a este respeito, conforme refere MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização...**, cit., p. 251, “[c]om o passar do tempo [...] o dever de solidariedade social, o fundamento constitucional da responsabilidade objetiva, sobressairá e aceitar-se-á que seu alcance é amplo o suficiente para abranger a reparação de todos os danos injustamente sofridos, em havendo nexo de causalidade com a atividade desenvolvida, seja ela perigosa ou não”. Note-se que, conforme destaca a autora, não se trata do simples estabelecimento de uma relação causal, mas da exigência de que o dano cuja reparação se pretende legitimar no princípio da solidariedade tenha sido injustamente sofrido.

⁹⁰⁷ Conforme destacam BUSNELLI, Francesco Donato; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3ed. Torino: Giappichelli, 2013, p. 167, nota 80, a Corte Constitucional italiana reconheceu, quando do julgamento do recurso n. 202, de 29 de dezembro de 1981 (*Il Foro Italiano*, Roma, 1982, n. I, p. 1 e ss.), que o princípio da solidariedade legitima, por meio de um esquema típico de responsabilidade aquiliana, o surgimento de um dever indenizatório, a cargo do *Fondo di garanzia*, em razão de acidente causado por veículo não identificado. Assim também já reconheceu a Suprema Corte brasileira ao invocar o princípio da solidariedade para entender legítima a ampliação legislativa de situações de responsabilidade objetiva em matéria de acidentes de viação. Assim está ementado o precedente: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL - LEI Nº 6.194/74 (ART. 7º), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.441/92 (ART. 1º) - AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS ENTIDADES SEGURADORAS - ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO - APARENTE INOCORRÊNCIA [...] - Responsabilidade civil objetiva das entidades seguradoras e seguro obrigatório de danos pessoais: O art. 7º da Lei nº 6.194/74, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 8.441/92, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e

em causa para fins de se constituir em fator unitário de legitimação do regime geral cuja proposta se almeja apresentar no curso da presente investigação.

3.2.2 *A solidariedade e o reagrupamento da fragmentariedade*

Sem prejuízo de toda a fundamentação vertida para justificar a legitimação de um pretense regime geral de responsabilidade objetiva a partir do princípio da solidariedade, duas características que podem ser extraídas deste processo reforçam ainda mais a convicção acerca do acerto sobre o percurso dogmático construído para este fim.

A primeira delas está associada à capacidade que tem o princípio em causa de agrupar e de conectar os mais variados nexos de imputação de que se usam os ordenamentos para fazer surgir um dever de reparar danos sem que, para isso, tenha de se pressupor a existência de um ato ilícito (no seu sentido amplo). Já a segunda, no potencial de atualização que o conteúdo da noção jurídica de solidariedade traz em si, apto a promover uma reinterpretação que possa, ao longo do tempo (e sem que isso pareça voluntarioso), abranger sob a sua égide situações outras que, por relevância própria, justifiquem uma especial atenção quando do juízo de ponderação entre interesses envolvidos, o que é típico da responsabilidade civil como um todo.

Consoante já aludido inúmeras vezes, a fragmentariedade é muito característica dos regimes de imputação objetiva, o que se deve, por certo, à sua ampliação de algum modo assistemática. Tanto que a noção de risco, tão cara que foi aos esforços iniciais de legitimação de um dever de indenizar para além da culpa,

asseguram o livre exercício da atividade econômica. - A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1003. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 01 ago. 1994. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 08 jun. 2017).

restou por perder o protagonismo diante da sua insuficiência – ou artificialidade – para legitimar todas as hipóteses de imputação trazidas pelas ordens jurídicas vigentes (por lei ou por construção jurisprudencial).

No cenário jurídico hoje posto, é possível identificar grupos – nem tanto uniformes, é bem verdade – centrados na ideia alargada de risco (risco de empresa, risco criado, risco proveito, risco administrativo, risco integral e exposição ao perigo, dentre outros), mas também na ideia de garantia⁹⁰⁸ (especialmente nas situações de responsabilidade pelo fato da coisa ou por ato de terceiro, apenas para referir os mais expressivos). A estes se somam, ainda, as clássicas situações de responsabilidade por atos lícitos, também ditas pelo sacrifício, nas quais, mesmo agindo legitimado pelo ordenamento jurídico, o sujeito é chamado a responder pelos danos a que deu causa, independentemente de culpa⁹⁰⁹.

Diante disso, já se começa a reconhecer a viabilidade de, por meio da invocação do princípio da solidariedade, não apenas legitimar as mais variadas hipóteses de imputação objetiva, mas, mais do que isso, agregar a fragmentariedade que lhe é tão peculiar por meio da necessidade de, a partir de determinada valoração, dar-se especial atenção ao dano sofrido em detrimento da conduta ou da prática de uma atividade da qual provém. Atenção esta que, por força de uma opção jurídica de cada sistema (sem prejuízo de que tendam a convergir a respeito), encontra substrato no juízo de valor segundo o qual o custo social da não reparação supera aquele decorrente da imposição de uma obrigação indenizatória⁹¹⁰.

Acentua-se, por isso, que todos estes ditos grupos de imputação objetiva podem ser reagrupados na noção hodierna de solidariedade: primeiro, porque

⁹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Os fundamentos...**, cit., p. 46.

⁹⁰⁹ Dita categoria agrupa as situações em que o agente, mesmo agindo acobertado por uma excludente de ilicitude – nos clássicos moldes da imputação por culpa –, deve reparar os danos a que deu causa; justifica-se, por isso, em razão da necessidade da salvaguarda de interesses especiais, num cotejo entre a necessidade da atuação do lesante (que é, por isso, justificada) e a impossibilidade de que se consinta com a não reparação da vítima. A este respeito, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 85. A doutrina tende a enquadrar a responsabilidade dita pelo sacrifício entre as hipóteses de responsabilidade objetiva (não obstante não o sejam de responsabilidade pelo risco); assim, MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 82.

⁹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., p. 226; igualmente, DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**, cit., pp. 108 e ss.

reforçam a posição central do dano em relação à conduta, o que é marca indelével de um regime geral, tal qual se pretende propor, e encontra suporte no conteúdo normativo do princípio ora sob análise⁹¹¹; segundo, porque se congregam através do elemento comum que lhes identifica, qual seja, a necessidade de que, na situação dada, atente-se de modo particular aos interesses do lesado⁹¹²; terceiro, porque, ainda por meio da solidariedade, permite a realização dos ajustes necessários em uma imputação que, se tomasse por base apenas as duas primeiras razões postas, tenderia a se constituir em um regime embasado tão somente na mera causalidade⁹¹³.

Em suma, deve-se aqui dizer que a exigência de uma especial consideração com a posição do lesado e a existência de uma conexão entre o dano e uma particular condição do lesante permitem concluir no sentido da irrazoabilidade de se deixar aquele indene. E a baliza para este juízo⁹¹⁴ de justiça (que permitirá a identificação da ilegitimidade do dano) será, na sua exata medida, o conteúdo extraível do princípio da solidariedade, que pautará a solução do conflito de interesses estabelecido.

A segunda das características referidas *ab initio* – aptas que são para reforçar a convicção acerca da unidade de um regime geral de responsabilidade a partir de um fundamento jurídico uniforme – diz respeito à capacidade que possui o princípio da solidariedade de se reinventar ao longo dos tempos, atualizando-se a partir de novas demandas sociais.

⁹¹¹ De há muito já se fala de uma mudança de vértice, a qual abandona a conduta ilícita e culposa para tomar como referência inarredável o dano injusto. E esta mudança se satisfaz e se legitima com perfeição no princípio da solidariedade, que traz uma “moderna visão” para o instituto na medida em que “opera como critério de integração da disciplina” e “exprime uma valoração do comportamento ou dos interesses protegidos das partes”; assim, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 31.

⁹¹² Não se está a dizer, com isso, que se tratam de situações legitimadas em um autêntico *favor debilis*, não obstante tal não seja de todo estranho de algumas das hipóteses de imputação que encontram fundamento no princípio da solidariedade, mesmo com toda a sua depuração (já muitas vezes mencionada) em relação a uma ideia caritativa ou benevolente. Sobre o tema, MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**, cit., p. 148.

⁹¹³ Ponderação esta que deverá ser feita por meio do exame acurado – o qual é exigido pela própria solidariedade – do conteúdo de cada um dos seus pressupostos, aliados que serão à previsão normativa de irrelevância da valoração da conduta da qual provém o dano.

⁹¹⁴ Neste particular, como assinala MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 95, v. 854, pp. 11-37, dez. 2006, p. 26, “[o] fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva é unitário e deve ser buscado na concepção solidarista de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada, fazendo-se incidir o seu custo na comunidade, isso é, em quem quer que com o ato danoso esteja vinculado”

Tal qual assinalado a partir de um cenário evolutivo, a responsabilidade civil objetiva surge exatamente diante da insatisfatória solução oferecida pelo princípio da culpa no que tange à gestão dos danos decorrentes dos acidentes, realidade esta que se apresentou a partir do processo de transformação econômico-social vivido a partir da segunda metade do século XIX⁹¹⁵. Daí porque ser forçoso reconhecer que enquanto a imputação subjetiva está associada às relações tradicionalmente estáveis (entre sujeitos isonômicos e bem demarcados), a imputação objetiva conecta-se às relações amorfas e por vezes desequilibradas, fruto que são de uma sociedade em transformação constante.

Nestes termos, considerando que a noção de solidariedade se conecta com as ideias de interdependência social, de cooperação entre sujeitos (individuais ou coletivos) e de pluralidade de interesses⁹¹⁶, cujo conteúdo tende a variar ao longo do tempo, a sua aplicação enquanto fator de legitimação da responsabilidade objetiva permite uma atualização constante, de modo a não apenas reagrupar os mais variados nexos de imputação já utilizados, mas também de projetar o instituto com vistas ao atendimento de demandas outras que possam se apresentar.

Na linha da dependência dos sujeitos uns em relação aos outros para fins de promoção do pleno desenvolvimento individual, surge a consciência de que uma perspectiva coletiva de coexistência é imprescindível. Ou seja, partindo desta perspectiva, os deveres de cooperação projetam-se em relação aos outros, nas relações individuais havidas entre os sujeitos, mas também – e com uma relevância quicá ainda mais intensa – em relação ao grupo assim considerado, fazendo com que o respeito e a recomposição (nas hipóteses de lesão) dos interesses comuns seja imprescindível à satisfação da vida como um todo⁹¹⁷.

⁹¹⁵ ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**. Coimbra: [s. n.], 1983, p. 244.

⁹¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**, cit., p. 147.

⁹¹⁷ Em razão destas constatações é que BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**, cit., pp. 91-92, fala na “solidariedade das coisas vivas”, na medida em que “[a]s ameaças à vida no desenvolvimento civilizatório revolvem comunhões de experiências da vida orgânica, que vinculam as necessidades vitais dos seres humanos às das plantas e animais”. No mesmo norte, JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**, cit., p. 230, atenta para o fato de que “a solidariedade de destino entre homem e natureza, solidariedade recém-revelada pelo perigo comum que ambos correm, nos permite descobrir

E isso permite inferir dois importantes desdobramentos: tanto a dimensão coletiva das necessidades de tutela por meio da responsabilidade civil (relativas aos interesses difusos, por exemplo), quanto a dimensão intergeracional que se projeta em relação a formas de vida (na sua plenitude) que sequer existem.

Tanto é que a solidariedade, na sua dimensão hodierna, alarga-se de modo a abranger não apenas os indivíduos já tutelados pela proteção jurídica – enquanto sujeitos individualmente considerados e enquanto grupo –, mas também aqueles que virão. Trata-se do reconhecimento da faceta intergeracional do princípio em causa, materializadora do reconhecimento dos “problemas do futuro” que encontra na responsabilidade objetiva, por meio da possibilidade de criação de novas situações de imputação, instrumento para a salvaguarda de interesses que transcendem os atuais habitantes do planeta (tais como ambientais, de consumo e de segurança social, dentre outros)⁹¹⁸.

A partir destas referências, a invocação à solidariedade permite legitimar, de modo amplo, deveres de reparação relacionados a interesses comuns que impactam o futuro da humanidade em si, pois relativos à fruição de recursos comuns imprescindíveis à coexistência de todos, inclusive das futuras gerações⁹¹⁹. Nestas situações, a responsabilidade civil objetiva, centrada que estará na preponderância dos interesses do lesado (que, neste caso, é a totalidade dos seres vivos), justifica-se de um modo mais intenso se comparada a situações relativas a meros interesses individuais, podendo-se antever a existência de níveis variados de solidariedade.

Ora, se o princípio em causa se constitui em autêntica baliza da imprescindível cooperação intersubjetiva (seja no plano individual, seja no plano coletivo), é possível afirmar que haverá relações em que a solidariedade será menos ou mais intensa, a depender da magnitude dos interesses envolvidos. Deste modo é que os ditos *graus de solidariedade* poderão legitimar estruturas de imputação mais

novamente a dignidade própria da natureza, conclamando-nos a defender os seus interesses para além dos aspectos utilitários”.

⁹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1141.

⁹¹⁹ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**, cit., p. 229.

ou menos amplas, a depender da variação da necessidade da interdependência e da cooperação, o que se refletirá diretamente no âmbito dos seus elementos constitutivos, ampliando ou restringindo o espectro da obrigação reparatória.

Por todas estas ponderações, é possível reconhecer, no plano da legitimação jurídica, a viabilidade de um regime geral de imputação sem culpa assente no princípio da solidariedade, amplo o suficiente a abranger não apenas as hipóteses calcadas no risco, mas também aquelas evidenciadas na segurança e no sacrifício. E, na sequência disso, mostrando-se deveras relevante a demarcação de uma estrutura de pressupostos, de modo a identificar aqueles elementos que serão imprescindíveis ao surgimento do correspondente dever de indenizar, tarefa que, de plano, passa-se a empreender.

CAPÍTULO III

A ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA:

UMA (RE)LEITURA DOS SEUS PRESSUPOSTOS

*“Il diritto della responsabilità civile si presenta, oggi,
come un diritto di schemi e modelli generali”*

Pier Giuseppe Monateri

Analisado o fundamento uniforme que legitima o surgimento do dever de reparar danos em situações não abrangidas pelo princípio da culpa, mostra-se imprescindível aferir a forma como se estrutura o vínculo obrigacional respectivo. E tal se impõe especialmente tendo em conta que a multiplicidade de fatores de imputação que caracterizam a responsabilidade objetiva - característica que ao passo em que demanda recorrer a um princípio legitimador mais alargado - carece de uma estruturação coesa e amparada em estreitos preceitos legais, a fim de que se mostre legítima.

Nesta linha é que a construção de um regime geral de responsabilidade objetiva alicerçado no princípio da solidariedade, diante da amplitude do seu fundamento, demanda o desenvolvimento de uma estrutura própria e unitária de pressupostos⁹²⁰, a qual terá por finalidade, em última análise, fazer as vezes de filtro

⁹²⁰ Consoante adverte BRIGANTI, Ernesto. **Tradizione e novità nella responsabilità civile**. In: LUCARELLI, Francesco. *Diritti Civili ed Istituti Privatistici*. Padova, CEDAM, 1983, p. 302, a revisão dos pressupostos do dever de indenizar é um instrumento útil a demonstrar a evolução sofrida pelo sistema de responsabilidade civil, pois a verificação da forma como vêm reestruturados os seus contornos ao longo do tempo bem serve a demarcar a mutação dos anseios que se esperam do instituto.

dos danos que devem efetivamente ser objeto de reparação⁹²¹, em decorrência de um peso particularmente mais acentuado que lhe é característico⁹²².

Isso porque, como já se teve oportunidade de explicitar em momentos precedentes, a complexidade do contato social não permite uma reparação ampla e irrestrita de danos – não ao menos por meio da responsabilidade civil –, sob pena de, a partir disso, criar-se um imobilismo de atividades tão ou mais nefasto do que a ausência pontual de reparação.

Daí a necessidade de que, a partir de uma releitura dos pressupostos⁹²³ amplamente consolidados sob o regime geral da responsabilidade subjetiva⁹²⁴, possa-se identificar, dentre aqueles que se mostram relevante ao vínculo obrigacional sob estudo, qual se apresenta mais vocacionado a fazer as vezes de separador entre os danos que serão e os que não serão objeto de reparação.

A propósito, é de se destacar que não há dúvidas que a previsão legislativa para situações específicas de um regime de responsabilidade sem culpa já se apresenta como fator de legitimação da obrigação indenizatória. A operatividade destes regimes, contudo, bem pode demonstrar que haverá situações nas quais esta previsão não se basta a permitir o funcionamento de uma disciplina adequada aos anseios pretendidos pelo direito, de modo que, por meio da conjugação do permissivo legal com uma estrutura articulada de pressupostos, bem se poderá atingir o fim que se almeja,

⁹²¹ BUSNELLI, Francesco Donato. **Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 10.

⁹²² TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e Responsabilità Oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961, p. 40. Ainda segundo o autor, não é demais lembrar que o reconhecimento da existência de um sistema autônomo de responsabilidade objetiva em paralelo ao sistema da responsabilidade por culpa (“sistema do duplo binário”) impõe a necessidade de estruturação de um regime autônomo de pressupostos, sem prejuízo de que tal seja desenvolvido tomando-se como ponto de partida os elementos já reconhecidos como imprescindíveis ao surgimento do dever geral de reparar danos.

⁹²³ Versando sobre os ora ditos pressupostos, também entendidos como requisitos da responsabilidade civil, ver o largo apanhado desenvolvido por SERRA, Adriano Vaz. **Requisitos da responsabilidade civil**. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 92, 1960, pp. 38 e ss.

⁹²⁴ Mais uma vez, nesta seara, não é demais relembrar a amplitude que tem sido dada – não obstante não seja consensual – ao antes referido sistema binário de responsabilidade, estruturado através da já tantas vezes aludida contraposição entre os regimes subjetivo e objetivo. Sobre o tema, ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. Principi. Torino: UTET, 2011, ristampa, pp. 119-122. Esta contraposição é justamente a justificativa para que não seja necessário pressupor uma submissão da responsabilidade objetiva ao regime geral de imputação por culpa, pensando-se, desta feita, acerca da uma estrutura de pressupostos autônoma, sem prejuízo de que venha a lhe aproveitar alguns dos desenvolvimentos já realizados.

fazendo da responsabilidade civil objetiva um instrumento efetivo de proteção de posições jurídicas merecedoras de tutela.

Tendo em vista que o cerne da problemática da responsabilidade civil está na composição da sua *fattispecie*, deve-se ter em conta que, do ponto de vista metodológico, ela não se identifica nem com a disciplina e tampouco com os efeitos que lhe são atribuídos, mas, ao contrário, com o fato jurídico assumido e qualificado sob o ponto de vista normativo em relação ao qual se atribui relevância para fins de produzir efeitos no plano jurídico⁹²⁵.

Por isso, a aparente dificuldade de delinear um princípio único de responsabilidade ou mesmo qualquer estruturação que lhe pareça geral, especialmente no campo da fragmentária responsabilidade civil objetiva⁹²⁶, não deve servir de desestímulo ao jurista e de justificativa a que, de plano, negue a viabilidade de um regime geral e, com isso, permaneça com o simples exame das representações analíticas das unitárias *fattispecie* normativas de imputação⁹²⁷.

Daí a pertinência de que, na linha trilhada pela dogmática tradicional no que concerne aos pressupostos da responsabilidade subjetiva, possa-se aferir a compatibilidade de cada um deles, estruturalmente divididos em subjetivos e objetivos, e a sua relevância à conformação de um regime geral de responsabilidade objetiva⁹²⁸.

⁹²⁵ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2014, ristampa, pp. 30-32, nota 3.

⁹²⁶ PONZANELLI, Giulio. **La responsabilità civile**. Profili di diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 1992, pp. 19-20.

⁹²⁷ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 31-32. Por isso mesmo exorta o autor à construção de um sistema de responsabilidade civil unitário, porém móvel, embasado na combinação qualitativa e quantitativa de todos os elementos envolvidos. Ainda sobre o tema, para maiores aprofundamentos sobre as implicações metodológicas em causa, ver SCOGNAMIGLIO, Renato. **Fatto giuridico e fattispecie complessa**. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, 1954, pp. 331 e ss.

⁹²⁸ Especificamente no que tange à interação entre os pressupostos e ao contrário dos demais sistemas jurídicos sob comparação, o Código Civil português é o único que expressamente prevê a aplicação subsidiária ao regime de imputação objetiva das disposições relativas à imputação por ato ilícito. Neste sentido, o seu artigo 499 estabelece que “[s]ão extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos ilícitos”. Sobre as implicações práticas do referido dispositivo, cujo norte foi adotado enquanto base metodológica de partida ao item que ora se passa a desenvolver e que, por isso, merecerá atenção pormenorizada *a posteriori*, ver CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito**

§ 1º OS PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS

É incontroverso que, num pretense regime geral de responsabilidade objetiva, a culpa é pressuposto irrelevante ao surgimento da obrigação indenizatória, conclusão que não demanda maiores debates, já que decorre da própria demarcação negativa que o instituto corriqueiramente recebe. Mas isso não significa dizer que, na linha da irrelevância da culpa, possa-se – ao menos sem uma análise individual mais acurada – afirmar *prima facie* que os demais pressupostos também ditos subjetivos sejam de pronto repelidos e taxados como irrelevantes.

Para a estruturação de uma investigação que se pretende científica, as conclusões devem vir precedidas de experimentação, mesmo que teórico-dogmática, no sentido de avaliar as hipóteses e, após a sua verificação, concluir pela sua (ir)relevância ao enunciado que, ao cabo, se pretende propor. Daí porque se passa, de seguida, ao exame dos demais pressupostos que, ao lado da culpa, integram a *fattispecie* geral de responsabilidade na sua feição subjetiva, a saber: a imputabilidade e a ilicitude.

A construção tradicional de uma teoria da responsabilidade civil com base no conceito de ato ilícito, da qual deriva a ideia da obrigação indenizatória enquanto sanção, sempre esteve baseada sobre um questionamento formulado acerca do comportamento do agente⁹²⁹. Tal premissa – que sequer se constitui em dogma acabado nem ao mesmo à própria responsabilidade subjetiva, que passa a assumir, inclusive, outras perspectivas – deve ser levada em conta quando da verificação dos pressupostos tradicionais ao juízo de imputação que, de qualquer modo, demandam uma compatibilização circunstancial, especialmente à vista de uma perspectiva de estruturação de um regime geral de matriz objetiva.

Civil Português. Coimbra: Almedina, 2010, v. II (direito das obrigações), t. III (gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil), p. 598.

⁹²⁹ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 32-33.

1 A imputabilidade

O primeiro dos pressupostos sob investigação é a imputabilidade, que está associada à viabilidade de que a ação ou a omissão geradoras do dano possam ser coligadas ao agente que se pretende responsável⁹³⁰. Daí a necessidade de que, antes de se aferir a sua compatibilidade com um regime de responsabilidade objetiva, iniciasse com uma demarcação do seu conteúdo jurídico.

1.1 *Premissas teóricas*

O pressuposto da imputabilidade foi, sem sombra de dúvidas, talhado sob os auspícios da culpa enquanto fundamento unitário da responsabilidade civil⁹³¹, especialmente como decorrência da máxima segundo a qual a liberdade de agir do sujeito torna-o responsável pelos danos a que der causa⁹³². Para exercer tal liberdade era imprescindível que o sujeito pudesse compreender e querer os atos por ele

⁹³⁰ Por isso que, não raro, o pressuposto em causa vem tratado pela doutrina como parte do item denominado *fato voluntário do lesante*, justamente em razão da associação entre voluntariedade e imputabilidade enquanto possibilidade de entender e de querer. Assim, LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 6ed. Coimbra: Almedina, 2007, v. I, p. 287; no direito brasileiro, dentre outros, VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 20. É comum, ainda, a sua análise enquanto pressuposto da culpa, o que resta por lhe atribuir o *status* de pressuposto apenas indireto da responsabilidade civil. Neste sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 11ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 580; igualmente, GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 74.

⁹³¹ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 251. Neste mesmo senso, afirmando que culpa e imputabilidade constituem um *continuum* de noções jurídicas, MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**. In: SACCO, Rodolfo. *Tratato di Diritto Civile. Le fonti delle obbligazioni*. Torino: UTET, 1998, v. 6, t. 3, p. 260.

⁹³² Para um aprofundamento teórico acerca da relação entre culpa e imputabilidade, ver BARBOSA, Mafalda Miranda. **O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual**. Breves apontamentos. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, n. 82, pp. 485-534, 2006, pp. 501 e ss.

praticados, sob pena de caracterizar o seu comprometimento por falta de consciência da sua prática⁹³³.

Por isso mesmo, tende a apresentar-se por meio de uma previsão negativa associada à ideia de não imputabilidade, que passa a fazer as vezes de um autêntico impeditivo do surgimento do dever de reparar danos enquanto pressuposto da culpabilidade⁹³⁴.

Nesta linha e partindo de um mesmo ponto de referência, no caso, a exigência da culpa enquanto pressuposto elementar à imputação (que é verificável tanto na hipótese de responsabilidade penal, quanto naquela fundada em um regime geral de responsabilidade civil subjetiva), é possível atestar a existência de uma inicial identidade entre o seu conteúdo nas esferas civil e penal⁹³⁵. Identidade esta que não obstante venha marcada pela ruptura com eventuais elementos de cunho ético-moral ou mesmo com a existência de consciência acerca da ilicitude do fato, não esta isenta de críticas, que virão fundadas justamente na distinta disciplina estabelecida para cada um dos ramos em exame (punitivo-sancionatória para o direito penal e ressarcitório-satisfativa para o direito civil)⁹³⁶.

Estabelece-se, deste modo, uma conexão entre a ideia de imputabilidade e a existência da capacidade de entender e de querer⁹³⁷, o que se refere ao fato danoso

⁹³³ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**, cit., 2011, p. 74.

⁹³⁴ RICCIO, Giovanni Maria. **L'imputabilità**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità Extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, p. 64. Destaca o autor, nesta mesma linha, a não infrequente variação interpretativa do termo imputabilidade, o que decorre do seu uso em variadas situações, não raro pela própria lei, fazendo com que assuma, a partir de uma linguagem comum, as noções de "referência" (*riferibilità*) e de "ligação" (*collegamento*) do fato ilícito ao seu autor. Todavia, como assinala DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**. *Teoria Generale della Responsabilità Civile*. 3ed. Milano: Giuffrè, 1979, v. I, p. 178, aqui a designação *imputabilidade* assume um conteúdo mais estreito do que aquele que normalmente pode conter, inclusive em outros momentos de referimento acerca da própria responsabilidade civil; tanto que é frequente – inclusive no curso da presente investigação – a referência aos termos *imputação de danos* e *imputação civil* como sinônimos de responsabilidade civil em geral.

⁹³⁵ VISINTINI, Giovanna. **Trattato breve della responsabilità civile**. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile. 2ed. Padova: CEDAM, 1999, p. 497. Segundo a autora, verifica-se, nesta temática, uma transposição ao regime civilístico das elaborações conceituais e das soluções interpretativas desenvolvidas na seara penalística, realidade vivenciada em diversos sistemas jurídicos, dentre eles e com especial relevo o francês.

⁹³⁶ RICCIO, Giovanni Maria. **L'imputabilità**, cit., p. 65.

⁹³⁷ Na explicitação de ALPA, Guido. **La responsabilità...**, cit., p. 124, está representada na atitude do sujeito de entender, de dar-se conta do que acontece, de compreender o que se deve fazer, de querer e de determinar-se conforme o comportamento a seguir.

atribuível ao agente e não propriamente o dano por ele produzido. Assim é que, num plano teórico, a imputabilidade se constitui em elemento que nasce associado ao fato gerador de responsabilidade civil, conectando-o ao sujeito que o praticou e, desta feita, permitindo o surgimento do dever de indenizar⁹³⁸.

E a consequência para a ausência de imputabilidade, ou seja, para a carência da condição de entender e de querer⁹³⁹ (desde que esta ausência não decorra da sua própria culpa⁹⁴⁰), é justamente a ausência de responsabilidade civil. Daí porque o destaque feito em momento precedente à delimitação negativa do pressuposto em causa, pois se não configurada uma causa de inimputabilidade⁹⁴¹, o sujeito é considerado imputável e, portanto, passível de ser civilmente responsável pela reparação⁹⁴².

Diante desta aceção negativa é que assumem relevo as causas de inimputabilidade que, no direito civil, não estão elencadas de modo expreso (salvo as relacionadas à idade), relegando-se à valoração judicial a verificação das situações nas

⁹³⁸ Daí porque se tem como imputável o indivíduo capaz de prever os efeitos e de mensurar o valor dos atos por ele praticados, determinando-se em conformidade com o juízo por ele realizado a este respeito. Assim, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10ed. Coimbra: Almenida, 2009, p. 563.

⁹³⁹ A referência aos verbos entender e querer busca acentuar a relevância de que a conduta seja valorada nas suas esferas intelectual (atitude de conhecimento) e volitiva (atitude de autodeterminação), devendo estarem, ambas, preservadas. Sobre o tema, SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità Civile e Danno**. Torino: Giappichelli, 2010, p. 54.

⁹⁴⁰ Os Códigos Civis italiano e português – ao contrário do brasileiro – são expressos a este respeito, consoante regra dos seus artigos 2.046, *in fine*, e 488, n. 2, respectivamente. No plano teórico, para um maior aprofundamento sobre a noção de *actio libera in causa* extraível dos referidos preceitos e associada às situações nas quais o próprio agente se coloca na condição de inimputabilidade e, por isso, responde por seus atos, já que, como se extrai de uma literal tradução do brocardo latino, a ação foi livre na sua causa, consita-se reenviar ao panorama traçado por RICCIO, Giovanni Maria. **L'imputabilità**, cit., pp. 66-68.

⁹⁴¹ Configuração esta que, salvo nas situações em que a lei expressamente a estabeleça de modo peremptório (*v.g.*, menores de idade e interditos), deve ser provada por quem dela se beneficia; em outras palavras, a presunção (relativa) é de imputabilidade. Assim, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 440.

⁹⁴² Nesta linha, o Código Civil italiano, no seu artigo 2.046, expressamente estabelece que “[n]on risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere e di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato di incapacità derivi da sua colpa”. A regra do Código Civil português é muito similar, conforme preceitua o seu artigo 488, n. 1, *in verbis*: “[n]ão responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou de querer”. A lei civil brasileira não contém dispositivo específico acerca da imputabilidade no campo da responsabilidade civil, não obstante reconheça a doutrina ser extraível da regra do artigo 186 do Código Civil de 2002 a sua imprescindibilidade; assim, DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12ed. Atual. Ruy Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 480.

quais o sujeito, por não ter condições de entender e de querer, não pode responder pelos danos a que der causa⁹⁴³. Justamente em razão desta abertura do sistema é que se passa a concretizar uma inegável tendência de tornar mais flexível o conceito jurídico de imputabilidade, afastando-o da simples noção de “capacidade de culpabilidade”, de modo a integrar, seja por via legislativa ou por via interpretativa, as normas do Código Civil, do Código Penal e das leis especiais (v.g., no Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Federal n.º 13.146/2015; na Itália, a Lei de Reforma da Assistência Psiquiátrica e a Lei do Serviço Sanitário Nacional) por meio de um conceito mais amplo do que a identidade entre enfermidade psíquica e doença mental, com uma valoração em concreto sobre a efetiva relevância entre o quadro psíquico apresentado pelo agente e a sua real capacidade de entender e de querer em relação ao fato danoso⁹⁴⁴.

E este desenvolvimento permite um tendente afastamento – não obstante seja inegável reconhecer a identidade genérica de conteúdo antes assinalada – entre as noções de imputabilidade penal (mais estreita) e de imputabilidade civil (mais aberta)⁹⁴⁵, o que vai justificado na função diversa desempenhada por cada um dos institutos envolvidos, materializando-se na crise do conceito de inimputabilidade com a sua referência apenas a partir de um paradigma médico⁹⁴⁶.

Independente dos desdobramentos teóricos de cunho geral que o tema possa merecer, cumpre aferir, no que mais de perto interessa à investigação, o exame da relevância da existência de uma capacidade de entender e de querer do agente em

⁹⁴³ ALPA, Guido. *La responsabilità...*, cit., p. 125.

⁹⁴⁴ VISINTINI, Giovana. *Trattato...*, cit., pp. 505-507. Segundo a autora, o que tem sido amplamente reconhecido pela jurisprudência italiana, haverá situações nas quais será possível reconhecer que o agente é imputável para fins de responsabilidade civil mesmo não o sendo na esfera penal. Com a mesma observação, MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*, cit., p. 261.

⁹⁴⁵ ALPA, Guido. *La responsabilità...*, cit., p. 125. Não há dúvidas, como bem pontua RICCIO, Giovanni Maria. *L'imputabilità*, cit., p. 70, que esta abertura não se confunde com convencimentos pessoais do julgador, mas se concretiza por meio de noções científicas (médicas, psicológicas, sociológicas, etc.) e de experiência comum.

⁹⁴⁶ O tema é bastante complexo e, por isso, não comportaria um maior aprofundamento neste momento, quanto mais porque apenas reflexo ao objeto principal. Daí porque se limita à referência a obra específica, para maiores aprofundamentos. Sobre o tema, ver VISINTINI, Giovana. *La nozione di incapacità serve ancora?* In: CENDON, Paolo. *Un altro diritto per il malato di menti. Esperienze e soggetti della trasformazione*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 1988, pp. 93 e ss.

relação ao fato associado de surgimento do dever de indenizar a partir de um regime geral de responsabilidade objetiva.

1.2 Imputabilidade e responsabilidade objetiva

Como não é raro de se verificar, existe, no que tange à relevância da (in)imputabilidade em um regime de responsabilidade objetiva, um aparente dissenso (mesmo que não propriamente verdadeiro) entre doutrina e jurisprudência⁹⁴⁷, pelo que o argumento merece uma abordagem inicial fragmentada para, após, uma tomada de posicionamento.

1.2.1 A posição da doutrina

No que guarda ao surgimento da obrigação de indenizar, a imputabilidade, consoante já delimitado precedentemente, assume relevância enquanto pressuposto da culpa (ou do juízo de reprovabilidade que se projeta sobre o fato danoso por meio da culpa), manifestando-se por meio de uma vontade conduzida pela inteligência consciente, de modo a permitir que o agente tenha a capacidade de entender e de querer⁹⁴⁸ a realização de um determinado ato que, na sequência, será caracterizado como culposos⁹⁴⁹.

Seguindo esta linha e não obstante houvesse quem defendesse que a sua verificação é imprescindível a todas as situações de responsabilidade civil⁹⁵⁰, tal parece

⁹⁴⁷ Com a mesma impressão, ROSSETTI, Marco. **Imputabilità del fatto dannoso**. In: GABBRIELLI, Enrico (a cura di). *Commentario del Codice Civile* (artt. 344-2059). Torino: UTET, 2011, p. 60.

⁹⁴⁸ Segundo MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 263, por capacidade de entender deve-se considerar a atitude de se orientar conforme uma percepção não distorcida e, por capacidade de querer, o poder de controle sobre os impulsos para o fim de agir, entendendo-se como livre a vontade quando o agente é capaz de exercitar poderes de inibição e controle.

⁹⁴⁹ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 251-252. O autor fala expressamente em “possibilita etica e giuridica di collegare al soggetto l’azione da lui posta materialmente in essere”, para a qual deve preexistir “all’indagine sulla colpevolezza dell’azione stessa”.

⁹⁵⁰ Assim, dentre outros, DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**, cit., pp. 182-183, o que talvez se justifique no fato de partir o autor de uma concepção deveras tradicional da responsabilidade civil como um todo, o que

não mais ser condizente com o sistema hoje em vigor, em especial tendo em conta a vigente noção de responsabilidade civil a partir de um regime de matriz objetiva.

Por isso, nas situações em que a *fattispecie* funda-se sobre um critério objetivo de atribuição de responsabilidade civil, a imputabilidade mostra-se irrelevante, de modo que uma eventual incapacidade (tanto por idade quanto por enfermidade psíquica) não tem o condão de elidir o surgimento da obrigação de indenizar⁹⁵¹. Isso porque, nestas situações, como o surgimento do dever de reparar advém de critério diverso da culpa, não se antevê a existência de um problema de imputabilidade enquanto impossibilidade de entender e de querer algo (no caso, a conduta lesiva)⁹⁵².

Uma primeira linha de argumentação tende a referir que a justificativa para esta irrelevância reside no fato de que a imputação objetiva tem por base o mero acontecimento do dano causal (dano acrescido de nexo de causalidade que lhe conecta a um fato previsto em lei), o que tolhe a possibilidade de qualquer espécie de valoração acerca do estado subjetivo do agente⁹⁵³. Parece, contudo, que não se mostrar adequada a simples invocação da causalidade como fundamento para a irrelevância do pressuposto em questão, quanto mais porque já se teve oportunidade de discutir – e ainda se voltará ao tema a partir de outras perspectivas – que o simples liame de causa e efeito não basta sequer a justificar um regime de responsabilidade sem culpa.

se reflete na transposição dos pressupostos do regime geral da culpa para aquele de matriz objetiva. Não obstante tal referência aparente indicar que o condicionamento do dever de reparar danos à presença da imputabilidade, mesmo em situações de responsabilidade objetiva, possua um viés um tanto superado, é possível encontrar na doutrina hodierna quem defenda tal necessidade. Neste sentido, BARBOSA, Mafalda Miranda. **O papel da imputabilidade...**, cit., p. 532, para quem, além da conveniência de uma especial proteção ao inimputável, não é possível acolher um “pensamento de índole consequencialista” que se abre em demasia “à assunção de uma racionalidade de tipo economicista e deixe de lado a verdadeira intencionalidade jurídica”. Tais ponderações, salvo melhor juízo, não se apresentam suficientes a elidir a construção dogmática que justifica o reconhecimento da irrelevância da imputabilidade, que vai muito além de ponderações associadas ao risco de empresa, como em seguida será analisado; quanto mais porque não se está de acordo com a premissa da qual parte a autora, p. 515, nota 63, no sentido de que o exercício livre e racional de uma atividade (o que poderia autorizar a relevância da imputabilidade) é sempre pressuposto de toda e qualquer situação de responsabilidade objetiva.

⁹⁵¹ VISINTINI, Giovana. **Trattato...**, cit., p. 513.

⁹⁵² ALPA, Guido. **La responsabilità...**, cit., p. 124.

⁹⁵³ GALLO, Paolo. **Istituzioni di Diritto Privato**. 2ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 708.

Por isso, para além da causalidade, é a ausência de um comportamento humano a ser valorado que se apresenta como o permissivo à afirmação da irrelevância da imputabilidade ao surgimento do dever de reparar nas situações de responsabilidade objetiva. Ou seja, um pressuposto – mesmo se dotado de generalidade – somente assume relevância a partir de uma precisa avaliação de necessidade lógica e sistemática, de modo que tendo em vista que, nas situações de responsabilidade objetiva, identificado o agente responsável, o dever de indenizar advirá independentemente do questionamento acerca da sua conduta ou de um desvalor a ela atribuível, apresenta-se irrelevante a sua (in)capacidade de entender e de querer o fato do qual decorre o prejuízo⁹⁵⁴.

Ao que se infere, o cerne do debate sobre a (ir)relevância do pressuposto em causa está justamente na (ir)relevância da conduta da qual decorre o dano. Considerando que, no plano da responsabilidade objetiva, o dever de indenizar torna-se atribuível ao agente não em razão da sua capacidade de entender e de querer o ato culposos que lhe dá causa, mas do preceito legal que, atento à condição da vítima, determina, naquela situação e tendo em cotejo o balanceamento entre os interesses envolvidos a partir do princípio geral da solidariedade, a sua reparação independentemente da concorrência culposa do lesante⁹⁵⁵, é de se concluir no sentido da efetiva irrelevância da imputabilidade neste cenário⁹⁵⁶.

⁹⁵⁴ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 252.

⁹⁵⁵ Seguindo esta mesma linha de interpretação, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 254, nota 255, alude, mesmo que com alguma crítica, à construção erigida na doutrina alemã que, diante de tais considerações, permitiria falar-se não em uma responsabilidade subjetiva contraposta a outra de matriz objetiva, mas a uma responsabilidade de ação (*Handlung*) em paralelo a uma responsabilidade por ocorrência (*Zustand*), assumindo relevância a imputabilidade somente naquela, diante da valoração da conduta. A crítica do autor, com o que se concorda, está no fato de que existem situações de responsabilidade objetiva que levam em consideração uma ação ou uma conduta do agente, mesmo que elas não sejam valoradas para fins de imposição da obrigação de indenizar (ou ao menos que não se pressuponha um juízo de desvalor em relação a elas), não se podendo falar, por isso mesmo, em todas as situações, em uma mera “responsabilità per evento o accadimento”.

⁹⁵⁶ Esta realidade, aliás, é idêntica nos países que fogem do âmbito comparativo da presente investigação, sendo digno, portanto, o registro. Seja na França e na Espanha ou mesmo na Alemanha e na Áustria, a existência de uma, em tese, situação de inimputabilidade (ou, leia-se, incapacidade) não basta a elidir o dever de reparar fundado em um regime de responsabilidade objetiva. Sobre o tema, RICCIO, Giovanni Maria. **L'imputabilità**, cit., pp. 82-83.

Note-se que o reconhecimento desta irrelevância⁹⁵⁷ representa um ponto de ruptura entre a pretensa estruturação de um regime geral de responsabilidade objetiva se comparado com o seu congênere de matriz subjetiva, verificando-se, deste modo, um argumento a mais a reforçar a tese no sentido da autonomia da valoração dos pressupostos.

1.2.2 A posição da jurisprudência

Mas, sem prejuízo do peso dos argumentos antes referidos, é de se registrar que a questão não é de todo pacífica na jurisprudência⁹⁵⁸. E, a propósito, não é obstante não se tenha um pronunciamento amplo e definitivo sobre o tema, não é incomum verificarem-se decisões que vacilam na imposição de obrigação indenizatória a sujeitos tidos como inimputáveis, mesmo diante de um regime de responsabilidade objetiva.

Neste norte, a propósito, decidiu a Suprema Corte de Cassação italiana que mesmo o *Codice Civile* prevendo um regime de responsabilidade objetiva ao proprietário do automóvel pelos danos dele decorrentes, em sendo inimputável, carecedor, portanto, de capacidade de entender e de querer no momento do sinistro. Por isso, não haveria como se lhe impor a obrigação de reparar os danos que com a referida coisa guardassem relação de causalidade, independentemente do permissivo legal expresso (artigo 2.054, n.º 3, do Código Civil), já que o pressuposto em causa seria inafastável a todas as situações de responsabilidade extracontratual⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ A tese da irrelevância, nos termos em que ora preconizada, aparenta-se predominante na doutrina, especialmente italiana, que tem relegado maior atenção ao tema. Assim, dentre outros, TRIMARCHI, Pietro. *Rischio...*, cit., p. 38; COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo...*, cit., p. 252; MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*, cit., p. 263; VISINTINI, Giovanna. *Trattato...*, cit., p. 513; ALPA, Guido. *La responsabilità...*, cit., p. 124; GALLO, Paolo. *Istituzioni...*, cit., p. 708; DELLA ROCCA, P. Morozzo. *L'imputabilità*. In: CENDON, Paolo (a cura di). *La Responsabilità Civile. Responsabilità Extracontrattuale*. Torino: UTET, 1998, v. IX, p. 654. Na doutrina portuguesa, dentre outros, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 598.

⁹⁵⁸ Em verdade, é mais adequado destacar uma omissão da jurisprudência em enfrentar o tema do que propriamente uma posição uniforme a respeito. A importância do precedente que se analisa na sequência, contudo, justificou a opção por uma subdivisão em particular.

⁹⁵⁹ Segundo a Corte de Cassação, “[i]n tema de responsabilità per danni derivanti della circolazione stradale, il conducente la cui responsabilità civile se escluda, ai sensi dell’art. 2046 c.c., perché ritenuta incapace, senza colpa, di intendere e di volere nel momento del sinistro, non può essere considerato

A partir disso e especialmente tendo em conta os fundamentos referidos na aludida linha de decisão, cumpre observar que, com efeito, a imputabilidade pode, de maneira excepcional, por vezes entrar na valoração da formação do dever de reparar danos a partir de um regime geral de responsabilidade objetiva; isso, contudo, desde que por expressa previsão legal neste sentido. A este respeito, pode-se citar como exemplo a prova liberatória prevista na parte final do artigo 2.054 do Código Civil italiano, na parte em que afirma que a exoneração da responsabilidade será possível se o proprietário provar que a condução se deu contra a sua vontade; assim, poderá o proprietário demonstrar que, por exemplo, a condução por terceiro deu-se a partir de estado de imputabilidade sua (transtorno psíquico involuntário e temporário, *v.g.*), estará isento de responsabilidade⁹⁶⁰.

O aparente vacilo jurisprudencial ou mesmo as ponderações excepcionalmente feitas a partir de situações específicas, contudo, não têm o condão de afastar as premissas sobre as quais se funda a tese da irrelevância da valoração da inimputabilidade ao surgimento do dever de reparar danos a partir de um regime geral de responsabilidade objetiva. Ora, ao que se infere, a alegação de relevância da imputabilidade deve-se muito mais a reminiscências da hegemonia da culpa enquanto fundamento geral de responsabilidade extracontratual do que propriamente de uma necessidade do sistema.

Desta feita, tendo em vista que, consoante pontuado, a conduta afigura-se como elemento accidental na formação da obrigação advinda da *fattispecie* de responsabilidade em estudo, é notório concluir no sentido da irrelevância da capacidade do sujeito de entender e de querer a sua prática. Quanto mais porque, por isso, afigura-se igualmente irrelevante a sua culpabilidade⁹⁶¹, exurgindo o dever

responsabili nei danni ove sai anche proprietario, del veicolo, ai sensi dell'art. 2054,, 3º comma, c.c.". (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione, sentenza n. 5.024, di 29 apr. 1993, *in* Responsabilità Civile e Previdenza, n. 472, 1994). Para maiores digressões sobre a decisão, com especial exame sobre os seus contornos fáticos, ver ROSSETTI, Marco. **La imputabilità...**, cit., p. 61.

⁹⁶⁰ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 263.

⁹⁶¹ Para uma complexa e bem estruturada relação entre imputabilidade e culpabilidade, ver MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 264-265. Segundo o autor, não obstante a conexão entre ambos os conceitos, a imputabilidade é mais do que pressuposto da culpabilidade, constituindo-se, em verdade, no limite de aplicação dos seus critérios de base. No mesmo sentido, assinalando a autonomia entre culpabilidade e imputabilidade, DELLA ROCCA, P. Morozzo. **L'imputabilità**, cit., p. 654.

peçoal de reparar danos a partir do próprio comando legal, desde que compatibilizado com a verificação da presença dos demais elementos formativos que lhe sejam pertinentes.

1.3 *As soluções em matéria de inimputabilidade*

Independente da aceitação de uma posição definitiva acerca da irrelevância do pressuposto em causa – não obstante se tenha convicção a respeito e sem prejuízo da importância das conclusões antes apresentadas no plano dogmático de aferição de um regime geral cujo estudo se propõe –, as demais disposições previstas nos sistemas sob comparação bem demonstram que, em última análise, do ponto de vista da efetiva tutela da vítima, a exclusão do dever de reparar a partir da verificação de uma situação concreta de imputabilidade resta de certo modo suprida⁹⁶².

E isso vem concretizado por meio dos preceitos que impõem uma responsabilidade agravada àqueles referidos pela lei (consoante já se teve oportunidade de analisar em item precedente) ou, na sua impossibilidade, o estabelecimento de uma indenização – mesmo que a partir de preceitos de equidade que podem torná-la não plena – pessoal ao próprio agente cuja capacidade de entender e de querer foi considerada ausente⁹⁶³.

E, nesta linha, duas são as alternativas pensadas a respeito, as quais devem ser mesmo aplicadas na ordem em que se passa a expor: a primeira, consubstanciada

⁹⁶² Talvez a existência de tais preceitos, que se apresentam como responsáveis pela calibragem do sistema no sentido de compatibilizar a tutela do lesado com a proteção dispensada ao inimputável por meio da sua, em princípio, irresponsabilidade pessoal, seja uma das razões para que a discussão não tenha encontrado um campo mais fértil na jurisprudência e, assim, incentivado alguma omissão doutrinária no desenvolvimento do tema. Independentemente das soluções práticas à irresponsabilidade pessoal do inimputável, salvo em situações específicas, o que tem por objetivo a totalidade dos regimes de responsabilidade civil, seria uma omissão injustificável na estruturação ora em curso a supressão do exame acerca da problemática antes analisada.

⁹⁶³ Acerca do tema, ANTUNES, Henrique Sousa. **Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância da pessoa naturalmente incapaz**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

na obrigação (agravada) de reparar danos que surge aos responsáveis indiretos pelos fatos praticados pelo inimputável (pais, tutores, curadores ou mesmo responsáveis transitórios, no caso de responsabilidade dos professores e dos estabelecimentos de ensino); a segunda, em decorrência de uma ineficácia da primeira, que se materializa na possibilidade de que o próprio agente inimputável venha a ser pessoalmente responsabilizado por reparar danos nos casos em que tal não tenha sido possível em relação àqueles que têm o dever de cuidado, vigilância e educação⁹⁶⁴.

1.3.1 *Responsabilidade indireta*

Consoante analisado com maior profundidade em item precedente, os sistemas sob comparação preveem, em maior ou menor grau, regimes agravados de responsabilidade daqueles que possuem, mesmo que temporariamente, alguma obrigação de cuidado ou vigilância em relação aos agentes considerados inimputáveis.

Tal obrigação, inclusive, tendo em vista a preocupação com uma efetiva reparação da vítima, tende a transmutar-se (como visto, com alguma variação de amplitude), passando de um regime culposo clássico baseado na inobservância de um dever pessoal (mesmo que por culpa presumida) a um regime próximo da imputação objetiva (no Brasil esta opção é inequívoca). Nesta linha, no ponto que de momento interessa ao desenvolvimento da investigação, a ampla existência de normas neste sentido resta por suprir eventual afastamento da responsabilidade pessoal pela falta do pressuposto da imputabilidade⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ Assinalando esta dualidade de momentos, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 56,

⁹⁶⁵ Esta é a posição sustentada por MONATERI, Per Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 930, quando observa que o escopo da norma é exatamente a ampliação da reparação, pois ao contrário das situações em que um dos pressupostos está ausente, que faz atribuir à vítima o ônus de suportar o dano, a soma dos regimes de responsabilidade indireta e de responsabilidade subsidiária visa a, em última análise e sem prejuízo da possibilidade do estabelecimento de um vínculo obrigacional direto e pleno (reparação integral) diretamente com o lesante, viabilizar a composição do prejuízo causado. No mesmo sentido, aludindo a uma autêntica “ânsia de ressarcimento”, PONZANELI, Giulio. **La responsabilità civile**. Profili di diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 1992, p. 391. Não há dúvidas, contudo, que este regime parte do pressuposto de que a inimputabilidade exclui a responsabilidade pessoal plena, o que tende a não se materializar no campo da responsabilidade objetiva, no qual o referido pressuposto, como visto, não é condição ao surgimento do dever de indenizar.

Em particular, o regramento previsto no *Codice Civile* apresenta-se mais articulado do que os congêneres português e brasileiro, que regulam a matéria em dispositivo único (artigos 491 e 932, inciso I, respectivamente)⁹⁶⁶. Traz a previsão sob exame disposta em dois preceitos com âmbito de aplicação aparentemente coincidente, mas com espectros diferenciados: trata, por primeiro, da responsabilidade indireta pelos atos do agente reconhecido inimputável (artigo 2.047, com menor amplitude) e, após, de modo pontual, da responsabilidade atribuível aos genitores e preceptores pelos atos dos sujeitos correspondentes (artigo 2.048, com uma prova liberatória de âmbito restrito, ao menos a partir do mais atualizado entendimento jurisprudencial sobre o tema)⁹⁶⁷.

O resultado prático, contudo, parece convergir nos três sistemas, qual seja, a garantia da atribuição de uma indenização à vítima por meio de responsabilidade indireta, o que resta por eclipsar o debate acerca da irrelevância da inimputabilidade em um regime de responsabilidade objetiva.

A diferença residirá no âmbito de aplicação da solução seguinte.

Note-se que, ao contrário da lei brasileira – que prevendo um autêntico regime de imputação objetiva, admite a liberação dos pais ou responsáveis apenas nas hipóteses de ruptura do nexo de causalidade que, por sua vez, terminaria por excluir a responsabilidade como um todo, mesmo do agente causador do dano –, os ordenamentos jurídicos italiano e português estabelecem regramentos que, em alguma medida, contemplam a possibilidade da produção de uma prova liberatória⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ O alcance das regras é, quiçá, mais ampliado, pois a responsabilidade indireta daquele a quem se incumbiu a vigilância sequer pressupõe a inimputabilidade em si, bastando a incapacidade natural; nesta situação, pode o sujeito submetido a vigilância ser considerado imputável e mesmo assim subsistir a responsabilidade indireta, respondendo, ambos, de modo solidário. Sobre o tema, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 324.

⁹⁶⁷ O âmbito de aplicação de ambas as normas é individualizado do seguinte modo: se o menor é incapaz de entender e de querer (seja pela tenra idade, seja por um especial estado que o torne inimputável), aplicar-se-á a disciplina do artigo 2.047; se, contudo, não obstante em condições de entender e de querer, o sujeito não implementou a plena capacidade civil ao completar 18 anos, a sua responsabilidade ainda resta obstada pela menoridade, incidindo a regra do artigo 2.048. Sobre o tema, MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 929 e ss. Quanto aos limites da prova liberatória, contudo, dissente-se do referido autor, para quem as possibilidades são exatamente as mesmas, seja para a regra do artigo 2.047 ou do artigo 2.048.

⁹⁶⁸ Para um panorama com o debate acerca do alcance da prova liberatória em causa, a caracterizar um regime de responsabilidade por culpa presumida ou um regime de responsabilidade objetiva

Nestas situações é que poderá mostrar-se relevante o segundo mecanismo predisposto, de caráter complementar, igualmente voltado à garantia de reparação à vítima.

1.3.2 *Responsabilidade subsidiária*

Haverá situações nas quais, ainda, mesmo diante do reconhecimento da sua inimputabilidade, poder-se-á observar o surgimento de uma obrigação indenizatória própria (e não de terceiro) relativamente aos danos a que o agente deu causa. Ditos casos, contudo, pela sua excepcionalidade, trazem em si requisito e característica bastante marcantes, que deverão ser observados para que se legitime o reconhecimento da irrelevância da ausência de imputabilidade ao dever de indenizar⁹⁶⁹.

O primeiro requisito – e por isso mesmo o caráter dito subsidiário da responsabilidade – está materializado na demonstração da impossibilidade do lesado em obter reparação junto àqueles que, por responsabilidade indireta, estão obrigados a reparar os danos causados pelo inimputável. Esta impossibilidade pode decorrer não apenas do insucesso do pleito reparatório em razão da falta daqueles que são chamados a responder pelos atos do inimputável, de eventual prova liberatória da sua responsabilidade (quando admitida e desde que não relacionada à ruptura do nexo de causalidade) ou, ainda, da sua incapacidade financeira para suportar o pagamento da indenização⁹⁷⁰.

propriamente dita, seja no sistema jurídico italiano seja no português, limita-se a fazer alusão à abordagem desenvolvida no capítulo anterior, § 1º, item 2.2.2. Igualmente, com acurada síntese sobre o tema, MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 931.

⁹⁶⁹ A este respeito, tem razão COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 238-240, quando afirma que, em se configurando tal hipótese, estar-se-á diante de uma genuína situação de responsabilidade objetiva, já que caracterizado o surgimento de um dever de indenizar (mesmo que com indenização arbitrada tendo em conta preceitos de equidade) com ausência de culpa (se não há imputabilidade, não há culpabilidade). E a questão assim se apresenta passível de decisão porque, como assinala MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 942, “[l]a natura dell’istituto si coglie meglio in termini di protezione del terzo che di responsabilità dell’incapace”.

⁹⁷⁰ VISINTINI, Giovanna. **Trattato...**, cit., p. 512. A propósito, cita a autora julgamento da Corte de Cassação italiana no qual foi reconhecida a responsabilidade subsidiária do inimputável (caso de incapacidade mental transitória) diante da impossibilidade de que sua esposa fosse reconhecida, naquela situação, como detentora da qualificação de responsável pela sua vigilância. Cita também

E a característica que lhe marca – e decorre justamente da sua natureza excepcional e subsidiária – é o estabelecimento da extensão da reparação tendo por base preceitos de equidade que levem em conta, a partir de uma valoração judicial, a condição econômica das partes e os impactos do dano e da indenização em cada uma delas. Aqui, cumpre assinalar que, ao contrário do observado por parcela importante da doutrina⁹⁷¹, entende-se que a forma como estabelecido o arbitramento não significa que a reparação não possa ser integral; o que deve relevar é a obrigatoriedade da ponderação dos preceitos de equidade estipulados, fazendo com que, caso assim o recomendem, o montante indenizatório possa atingir valor correspondente à integralidade do dano sofrido.

Neste cenário, tendo em conta o aparente objetivo de especial atenção à figura do lesado que está subjacente a todo e qualquer regime de responsabilidade objetiva, a conclusão parece convergir com o sentimento intuitivo inicialmente posto, qual seja, o de que, ao cabo, a vítima restará indenizada (por via indireta ou direta excepcional), seja ou não relevante a imputabilidade para o regime geral de responsabilidade objetiva.

Não há, contudo, como deixar de considerar que a excepcionalidade da indenização por equidade na ausência de imputabilidade pode bem permitir uma reparação parcial. Daí que, com o intuito de reforçar o intento primordial da responsabilidade objetiva, que é dar maior relevo à posição do lesado, deve ser considerado o argumento que assinala a irrelevância do pressuposto sob exame, em um regime geral nos moldes que se está a teorizar, diante da sua conexão genética com a noção de culpabilidade, que inegavelmente se mostra irrelevante ao surgimento da respectiva obrigação de reparar danos⁹⁷².

decisão do Tribunal de Brindisi na qual também restou reconhecida a responsabilidade subsidiária em razão da exclusão da condição de responsável do empregador que, quando da contratação, havia tratado com pessoa plenamente capaz.

⁹⁷¹ Sobre o tema, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, it., p. 237. O autor sustenta, inclusive, que a estimativa equânime do *quantum debeatur* descaracteriza a sua real natureza reparatória, sendo preferível nominar a prestação respectiva de “*indenità*”.

⁹⁷² Em decorrência desta possibilidade é que, no interesse do lesado, seria útil a invocação da irrelevância da imputabilidade, com o intuito de, à vista da possibilidade de uma indenização não integral, buscar-se a reparação plena e direta a partir de um regime de responsabilidade objetiva.

2 A ilicitude

Nos termos do que sucede com a imputabilidade, também um pressuposto associado à noção de ilicitude – porquanto estruturalmente relacionado à conduta em si e não ao dano – apresenta-se moldado a partir de um regime geral em que a aferição da culpa afigurava-se imprescindível.

A este respeito, não há dúvidas que a origem do conceito em causa – ou especialmente da sua congênere *antijuridicidade* – pode ser encontrada na doutrina penalística, em razão de uma evidente necessidade sua de dar resposta ao crime enquanto ação humana praticada pelo agente com dolo ou culpa (*nullum crimen sine culpa*)⁹⁷³. Foi, por conseguinte, transposta à responsabilidade civil em um momento no qual, mesmo já se tendo verificada a separação entre os institutos, ainda prevalecia uma ideia de resposta sancionatória ao ato ilícito por meio da obrigação de reparar danos (indenização enquanto sanção ao ato ilícito).

Daí a necessidade de se ter em conta este antecedente a fim de que, a partir disso, se possa avaliar a conveniência do condicionamento de um regime geral de responsabilidade objetiva à verificação de dito pressuposto, ao menos nos termos em que originalmente estruturado e sem prejuízo dos diversos e intrincados desdobramentos que a matéria traz ínsita em si⁹⁷⁴.

Para que seja viável este intento, cumpre desde logo demarcar o conteúdo dos conceitos envolvidos e, por isso, subjacentes ao debate, quanto mais tendo em conta que os sistemas jurídicos sob comparação empregam designações aparentemente diversificadas para tratar do tema, oscilando entre a divergência semântica e a convergência dogmática.

⁹⁷³ A temática vem bem desenvolvida em BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. Torino: UTET, 2011, pp. 05 e ss.

⁹⁷⁴ Não há dúvidas de que a ilicitude, consoante costuma ser lembrado pela doutrina, é um conceito jurídico complexo que, por isso, deve ser visto na sua plenitude e não por meio de noções parciais ou reducionistas; assim, BARBOSA, Mafalda Miranda. **O papel da imputabilidade...**, cit., p. 512.

2.1 *Illicitude, antijuridicidade e injustiça*

Quando da estruturação clássica do conceito de ato ilícito civil, comumente verifica-se na doutrina dita tradicional uma referência acerca da dualidade dos seus elementos integrativos, que vem materializada por uma faceta de matriz objetiva, de regra associada à violação de um dever preexistente⁹⁷⁵, e por outra de viés subjetivo, assim considerada enquanto juízo de reprovabilidade que se projeta em relação à conduta⁹⁷⁶. A primeira vem corporizado pela ilicitude ou antijuridicidade e, a segunda, pela culpa, sendo inegável reconhecer que subjaz neste arquétipo uma impostação dogmática estruturada a partir da ideia de vontade enquanto elemento norteador da teoria das obrigações como um todo, ao menos na sua acepção oitocentista⁹⁷⁷.

Esta é a linha de explanação mais frequente⁹⁷⁸ em um regime geral de imputação subjetiva de feição tradicional⁹⁷⁹, fazendo com que, na sua presença, em

⁹⁷⁵ Dita noção clássica partia do pressuposto de que ninguém poderia ser responsável por atos praticados sem que tal implicasse na violação de uma obrigação preexistente, tudo a partir de um princípio garantístico cuja representação, na esfera penal, vinha manifestada no brocardo *nullum crimen sine lege*. Sobre o tema, BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**, cit., p. 05. Em igual sentido, assinalando a identidade entre ilicitude e a violação de um dever jurídico, dentre outros, MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**. Apontamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 104; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 11ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 561.

⁹⁷⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità...**, cit., p. 14. Nas palavras do autor, “[l]’idea di illecito, nella sua comune accezione, può riferirsi a qualsiasi fatto che costituisce la trasgressione ad una regola, e diviene così l’oggetto da parte sua di un giudizio di riprovazione, e correlativamente di una reazione adeguata”.

⁹⁷⁷ Ocorre que, na responsabilidade civil extracontratual, nem sempre a vontade é elemento central, pois, especialmente nos casos submetidos a um regime de responsabilidade objetiva, por vezes sequer existirá uma própria ação, pois basta a imputação de um evento a determinado sujeito para o surgimento da obrigação de reparar danos. Daí a inegável conclusão de que a estrutura elaborada pelo sistema geral de responsabilidade tem em si reminiscências do regime exclusivo da culpa, impondo a sua compatibilização para fins de estruturação de um regime geral de responsabilidade por danos a partir de critérios variados de imputação. Sobre o tema, FRANZONI, Massimo. **Trattato della Responsabilità Civile**. Milano: Griuffrè, 2004, t. I, pp. 29-32.

⁹⁷⁸ Há quem sustente, em sentido diverso, que a ilicitude é pressuposto do ato ilícito, sendo a culpa e o dano os seus elementos constitutivos. Neste sentido, GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**, cit., pp. 62-63. Sobre o tema, salvo melhor juízo, apresenta-se preferível a sistematização antes adotada, no sentido de se dissecar o ato ilícito em elementos objetivo (ilicitude) e subjetivo (culpa), relegando o dano a valoração posterior e autônoma, quanto mais porque, ao contrário do ato ilícito, que assume relevância apenas nas situações de responsabilidade subjetiva, este é elemento essencial da

conjunto com o dano, o nexo de causalidade e a imputabilidade, surja o dever de reparação. Ocorre que os elementos antes ditos objetivo (ilicitude/antijuridicidade) e subjetivo (culpa), integrantes do ato ilícito enquanto unidade conceitual, sofreram paulatinas mutações no curso da sua evolução, partindo de uma conotação inicial tendencialmente subjetiva (ambos os elementos) em direção a uma crescente objetivação⁹⁸⁰.

Para viabilizar o exame do pressuposto em causa, portanto, cumpre partir das acepções tradicionais para, na sequência, confrontar o seu conteúdo com a ideia de injustiça do dano, criação inegavelmente italiana em matéria de responsabilidade civil e, de algum modo, transgressora da tradição da ilicitude enquanto pressuposto autônomo da imputação civil⁹⁸¹.

responsabilidade civil como um todo, sendo o verdadeiro elemento de conexão entre os regimes subjetivo e objetivo.

⁹⁷⁹ A matéria, por ser apenas reflexa, não comporta um exame exaustivo no presente momento. Sobre o tema, com grande aprofundamento e, inclusive, outras acepções sobre a proposição em causa, empregando, para tanto, a expressão latina *iniuria* ao invés de antijuridicidade, e se referindo à sua dupla acepção, subjetiva e objetiva, esta como expressão da culpa, ver por todos CHIRONI, Gian Pietro. **La colpa nel diritto civile odierno**. Colpa extracontrattuale. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2012, v. I, ristampa, pp. 68-70 e 74-80.

⁹⁸⁰ Em verdade, ainda hoje é vivo o debate na doutrina sobre a pertinência da consideração de um elemento de cunho subjetivo na estrutura da ilicitude, a interferir na sua natureza jurídica. Sobre o tema, especialmente com relevo para o debate na doutrina alemã acerca dos elementos da ilicitude, ver CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 456-457.

⁹⁸¹ Não se desconsidera que, no paradigma francês do *Code Civil*, a ilicitude não recebia tratamento autônomo, restando abarcada pela noção jurídica de *faute*. Todavia, também não há dúvida de que a referência à injustiça do dano é uma criação do *Codice* de 1942 e representa certa inovação (seja partindo do paradigma francês, seja do alemão), porquanto, até aquele momento, era mais usual a ausência de referência expressa ao elemento objetivo do ato ilícito ou, quando feita, por meio dos conceitos provenientes da dogmática penal. A forma como tal foi feito, contudo, não é consenso nem mesmo na doutrina italiana. Para uma crítica acerca do emprego do adjetivo *ingiusto*, ver SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. **Introduzione al Diritto Comparato**. 6ed. Torino: UTET, 2015, pp. 100-101, para quem a designação associada ao dano – que, por força do artigo 2.043, pretende-se ressarcível – constitui uma ideia vaga e, por isso, quase filosófica.

2.1.1 A convergência teórica entre as designações <<ilicitude>> e <<antijuridicidade>>

Como dito precedentemente, não há dúvidas de que o conceito de antijuridicidade⁹⁸² – designação mais elaborada e mais empregada na gênese da conceituação se comparada às demais possíveis – foi construído pela doutrina penalística, especialmente alemã, tendo em consideração as necessidades próprias do direito penal enquanto reação ao delito⁹⁸³. Tal noção restou por ser incorporada pela doutrina civilística na estruturação da teoria da responsabilidade por atos ilícitos, ambas comungando, de algum modo, o ideário sancionatório associado à resposta ao delito, seja ele penal ou civil.

Assim, em linhas gerais, é possível encontrar uma definição envolvente do conteúdo de ato ilícito por meio da presença de uma antijuridicidade já antes dita subjetiva, que se entende como a característica do ato humano de se apresentar enquanto uma transgressão a um preceito jurídico, e outra objetiva, assim entendida como a contrariedade ao direito que decorre do ato praticado (contrariedade do ato contra o direito)⁹⁸⁴. A partir das mesmas premissas, fala-se, ainda, em uma antijuridicidade entendida em sentido formal, correspondente ao perfil da transgressão do preceito normativo, e outra em sentido material, referenciada pela contraposição entre os fatos em concreto e os valores protegidos pela norma⁹⁸⁵.

Ocorre que, sem prejuízo da incorporação de tais desenvolvimentos na teoria da responsabilidade por ato ilícito, alguma controvérsia pode advir da constatação de que, na doutrina civilística hodierna, a referência à antijuridicidade

⁹⁸² A expressão aparenta encontrar origem na designação romana *iniuria* e nos seus desenvolvimentos posteriores, especialmente na sua demarcação conceitual enquanto violação de um direito de outrem. Assim, CHIRONI, Gian Pietro. **La colpa...**, cit., p. 68.

⁹⁸³ CHIRONI, Gian Pietro. **La colpa...**, cit., pp. 74-76. Sobre o tema, as observações de COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 240, nota 198.

⁹⁸⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità...**, cit., p. 16. A primeira se diz subjetiva, pois leva em conta apenas o ato humano – por ser dotado de consciência e vontade – enquanto destinatário da normal que restou violada; já a segunda leva em conta todo e qualquer fato disciplinado pelo direito que, por esta razão, pode submeter-se a um juízo de (des)conformidade com o modelo legal. Igualmente, assinalando a duplicidade de elementos, não obstante aluda à ilicitude e não à antijuridicidade, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 456.

⁹⁸⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità...**, cit., p. 17.

tende a perder espaço para o conceito de ilicitude. E este fenômeno é especialmente perceptível em sistemas jurídicos que bem individualizam o pressuposto com autonomia, dentre eles o português, quanto mais considerando a disposição contida no artigo 483⁹⁸⁶ do seu vigente Código Civil.

Um problema que decorre desta substituição está relacionado à proximidade terminológica entre as designações ilicitude e ato ilícito, ambas por certo decorrentes da expressão latina *iniuria*, o que pode gerar alguma imprecisão conceitual. Nesta linha, é essencial esclarecer que os institutos são diversos, já que a ilicitude, ao lado da culpa, constitui um dos elementos integrativos do ato ilícito, noção jurídica complexa que tende a ser reconhecida, ainda, como o cerne do regime geral de responsabilidade civil subjetiva⁹⁸⁷.

Por isso a perda de centralidade por parte da culpa, que deixa de ser fundamento para assumir as vezes de critério de imputação (dentre outros possíveis), deve ser aqui bem compreendida. Tal implica em uma mudança do objetivo principal da responsabilidade civil, que deixa de ter o fim precípua de dar uma resposta sancionatória ao lesante; altera-se, com isso, o epicentro do instituto, o qual migra da pessoa do autor do fato dito ilícito para o sujeito que sofre o dano assim entendido enquanto lesão a interesse digno de tutela⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ “Artigo 483º. Princípio geral. 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar *ilicitamente* o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. O Código Civil brasileiro, no seu artigo 186, limita-se a estabelecer que “[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, *violar direitos* e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Não obstante o preceito legal, ao contrário do português, não faça menção expressa à ilicitude, tal costuma ser depreendido da referência à violação de direitos; sem prejuízo de que esta noção possa, de igual modo, ser igualmente associada ao conceito de antijuridicidade, deve-se reconhecer que a expressão ilicitude é mais usual, não obstante deva-se reconhecer que não merece a mesma autonomia e atenção dogmática que lhe é dispensada em Portugal.

⁹⁸⁷ Em verdade, é corriqueira não só a confusão conceitual entre ato ilícito e ilicitude, mas também entre ato ilícito e culpa, quando, em verdade, consoante explicitado, ambos (ilicitude e culpa) são elementos integrantes e imprescindíveis à caracterização daquele. Assim, DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., p. 477.

⁹⁸⁸ FRANZONI, Massimo. **Trattato...**, cit., p. 40. Especialmente tendo em conta a experiência italiana, que se mostrará muito profícua ao estabelecimento de um regime geral de responsabilidade civil objetiva, o filtro de seleção dos interesses dignos de tutela e, por isso, dos danos a serem ressarcidos, deixa de ser o ato ilícito integrado pela culpa e passa a ser o dano injusto, cujo conteúdo é, como se verá, mais amplo inclusive que a antijuridicidade/ilicitude.

Nesta linha, é possível concluir que o significado do conceito de ilicitude não passa de uma síntese para indicar a qualidade requerida pela lei para todos os fatos produtivos de danos ressarcíveis no sistema de responsabilidade civil. E está associado justamente com a fase do juízo de imputação que analisa uma qualidade específica do fato⁹⁸⁹, que se distingue, portanto, do dano, sendo considerado em uma etapa sucessiva na qual serão estimadas e liquidadas as consequências prejudiciais da conduta que se constitui em fonte deste dano e estará a ele ligada pelo nexo de causalidade⁹⁹⁰.

Pelas digressões até aqui postas, é possível desde já assinalar que sem prejuízo de um largo acolhimento da designação ilicitude por parte da doutrina (especialmente, como dito, nos sistemas jurídicos em que a lei também lança mão desta expressão), não raro é frequente encontrar referência ao termo antijuridicidade também para aludir à mesma contrariedade à ordem jurídica. Daí a pertinência da aferição da real identidade entre o conteúdo de ambas as expressões.

Sem prejuízo da relevância das teorizações sedimentadas na ciência penalística e transpostas pelas primeiras acepções recebidas/desenvolvidas pela responsabilidade civil, a antijuridicidade pode ser entendida – em termos alargados e no ponto em que precisamente interessa à investigação – enquanto deformidade do

⁹⁸⁹ Algum debate já se estabeleceu em doutrina acerca do objeto do juízo de desconformidade que se materializa por meio da ilicitude/antijuridicidade: se relativo à conduta (a fato em si) ou ao dano propriamente dito. O tema comportou alguma oscilação – tal qual aquela verificada acerca da relevância da culpa –, partindo-se do desvalor do resultado (*Erfolgsunrecht*) até a suposta uniformização de entendimento no sentido da relevância do desvalor da conduta (*Verhaltensunrecht*); a respeito, ver a síntese posta em LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 291-292, e os consistentes aprofundamentos – com especial destaque à doutrina alemã – de BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos a propósito da responsabilidade objetiva**. Cascais: Principia, 2014, pp. 62-75. Também sobre o tema, VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**, cit., p. 418. A justificativa dogmática para tanto, a partir de uma visão da responsabilidade civil ainda bastante atrelada à noção de resposta ao delito e, por isso, um tanto sujeita a influências da doutrina penalística (para a qual a conduta está no centro da valoração jurídica), estaria no acolhimento da teoria finalista em matéria de ilícito civil. Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. **A teoria finalista e o ilícito civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 27, pp. 09-28, 1986; ainda, FARIA, Jorge Ribeiro de. **Algumas notas sobre o finalismo no Direito Civil**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. LXIX, pp. 71-160, 1993, e v. LXX, pp. 133-219, 1994 (continuação). A dúvida esta em saber se a clássica conformação de responsabilidade civil que justificaria a adoção irrestrita do finalismo ainda é atual e útil às funções que hoje são esperadas do instituto, especialmente tendo em conta a perda de centralidade da figura do delito (ato ilícito), que vai assumida pelo dano juridicamente relevante; por isso mesmo que, como destaca CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 438, “a doutrina mais recente apela para uma solução de meio termo”. Ter-se-á oportunidade de retornar ao tema.

⁹⁹⁰ FRANZONI, Massimo. **Trattato...**, cit., pp. 40-41.

fato em relação ao direito; já a ilicitude, enquanto violação de uma regra que comporta uma reação por parte do ordenamento jurídico. Diante disso, verificando-se a existência de um conteúdo essencial comum entre ambos os conceitos, que se materializa na noção de contrariedade do fato ao direito, pelo que podem ser (e corriqueiramente são) empregados como sinônimos⁹⁹¹.

Até porque – e sem prejuízo de eventuais dissensos dogmáticos quanto ao conteúdo de cada um dos conceitos cuja possível pertinência em um dado contexto não se nega –, especificamente no que interessa à investigação, serve compreender, e por isso cumpre enfatizar, que o objeto de valoração de ambas as expressões é a conduta do agente. Conduta esta que, de regra, em sendo considerada ilícita por decorrer da violação de direito de outrem (em uma acepção restritiva), será submetida a um novo juízo de valor para fins de verificação da sua reprovabilidade (moral e social) e, em caso positivo, dizer-se culposa, para fim de caracterizar, ambas em conjunto, o denominado ato ilícito civil⁹⁹².

Daí porque, diga-se uma vez mais, é possível concluir, no que concerne à responsabilidade civil, no sentido de uma identidade conceitual – e, mais do que isso, funcional – entre ilicitude e antijuridicidade, ambas as designações a representar a ideia de contrariedade ao direito por parte da conduta danosa.

2.1.2 *O conteúdo atual do pressuposto da ilicitude/antijuridicidade*

Identificado que a ideia de contrariedade ao direito está ínsita, de um modo geral, às noções de antijuridicidade ou de ilicitude⁹⁹³, a dificuldade na gestão do pressuposto passa a residir na delimitação do conteúdo desta contrariedade, devendo-

⁹⁹¹ FRANZONI, Massimo. *Trattato...*, cit., p. 36, nota 14. Pela maior abrangência do seu conteúdo, afigura-se quicá mais adequada a síntese que se materializa na noção de “infração à lei que decorre da violação de um dever jurídico”, a qual representa a mesma contrariedade do fato ao direito antes aludida; assim, dentre outros, MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 104.

⁹⁹² FRANZONI, Massimo. *Trattato...*, cit., p. 37.

⁹⁹³ Contrariedade ao direito que pressupõe sempre a violação de uma norma de conduta, a qual poderá estar precisamente descrita (escrita ou não) ou decorrer do reconhecimento pela ordem vigente de direitos subjetivos dotados de eficácia *erga omnes*. Assim, MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 176.

se ter presente como premissa para tanto que a flutuação dos valores sociais no tempo e no espaço implica numa justificável alteração dos seus contornos substanciais no correspondente paradigma jurídico-dogmático⁹⁹⁴.

Por isso é que a amplitude do conceito em causa tende a sofrer paulatino alargamento, justamente como resposta a uma majoração da necessidade de tutela do indivíduo e da sua vida de relação, o que se reflete não apenas nas concepções estruturadas pela doutrina ou reconhecidas pela jurisprudência, mas no próprio campo legislativo. Neste particular, a experiência jurídica portuguesa em muito pode contribuir com ao estudo do tema, seja porque a sua doutrina tem relegado maior atenção ao pressuposto da ilicitude do que as demais em questão, seja pela própria preciosidade desta oscilação na sua vivência jurídica⁹⁹⁵.

No âmbito comparatístico proposto, a variação que se quer demonstrar é verificável na forma como a matéria veio tratada nos Códigos Civis portugueses de 1867 e de 1967. Ao passo em que aquele identificava a ilicitude apenas como violação de direitos propriamente ditos⁹⁹⁶, este passou a concebê-la já de um modo mais alargado, permitindo, por força da expressa letra do vigente artigo 483⁹⁹⁷, a sua caracterização também enquanto violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios^{998 999}.

⁹⁹⁴ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995, reimpressão, p. 61.

⁹⁹⁵ Como dito precedentemente, dos sistemas sob comparação não há dúvidas de que o português é aquele que apresenta maior afeição ao desenvolvimento do pressuposto da ilicitude, o que aparenta decorrer não só de reminiscências dos reflexos penalísticos na doutrina da responsabilidade civil, mas também de uma exacerbada germanização da sua experiência jurídica. No sistema jurídico brasileiro, a temática tem recebido um tratamento bastante negligente, seja pela doutrina, seja pela própria letra do Código Civil, como mais acuradamente se verá adiante. Já no sistema italiano, o que também será tratado em item próprio, a discussão sobre o alcance – e mesmo sobre a relevância – do pressuposto em comento ficou muito comprometida pela instituição do regime do dano injusto pelo Código Civil de 1942, o que somente se acentua considerando que o Diploma de 1865, de inspiração francesa, não dispensava a devida autonomia à noção jurídica de ilicitude.

⁹⁹⁶ Consoante regra expressa do seu artigo 2.361, “todo aquele que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indenizar o lesado”.

⁹⁹⁷ Mais uma vez, é conveniente a citação da letra da lei, a fim de facilitar a compreensão do que se pretende explicitar: “Artigo 483º. Princípio geral. 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

⁹⁹⁸ Tal situação vem explicitada pela doutrina enquanto “ofensa de deveres impostos por lei que vise a defesa de interesses particulares, mas sem que confira, correspectivamente, quaisquer direitos subjetivos”; assim, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, cit., p. 488. Igualmente

A variação que se constata na letra da lei portuguesa bem reflete e sintetiza o debate sobre o alcance do conteúdo do conceito jurídico em causa, realidade esta verificável – de uma maneira particular, mas de igual sorte semelhante – nas três ordens jurídicas sob comparação. E tudo diante de um notório reclamo de ampliação do espectro da responsabilidade civil para além da tutela da violação de direitos absolutos, com o fim de abarcar hipóteses em que mesmo não se configurando dita categoria jurídica, a vítima vê-se lesada em interesses jurídicos seus que são objeto de proteção legal, desde que isso seja feito de forma direta e não só reflexamente e que a lesão se efetive no próprio bem jurídico ou em interesse privado objeto daquela proteção¹⁰⁰⁰.

acerca do tema, em perspectiva comparatista, VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**, cit., pp. 419-422.

⁹⁹⁹ Cumpre esclarecer que, no sistema jurídico português atual, de tendencial inspiração germânica, não obstante a violação de direitos ou de normas destinadas a proteger interesses jurídicos alheios constituam as hipóteses gerais de verificação da ilicitude no campo da responsabilidade civil, é possível falar ainda na existência de situações outras que não se enquadrariam, ao menos em tese e partindo de uma conformação dogmática mais rígida, nesta previsão básica. São, portanto, ditas especiais, a saber: a ofensa ao crédito ou ao bom nome, a prestação de conselhos, recomendações ou informações e as omissões. Estão previstas, respectivamente, nos artigos 484, 485 e 486 do Código Civil de 1967. A justificativa para tanto – contrariamente do que ocorre, por exemplo, nas experiências jurídicas italiana e brasileira, ditas menos atentas à tipicidade – está na existência de uma pretensa especificidade que, portanto, demandaria regulamentação própria. Sobre o tema, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções de Direito Civil**. 3ed. Coimbra: Almedina, 1991, pp. 105-106. Igualmente, falando em “delitos específicos”, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 454. Também, com alusão aos “tipos delituais específicos”, LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 298. Da mesma forma, o abuso de direito constitui-se em modo alternativo de ilicitude da conduta do agente apto a gerar dever de indenizar – o qual vem previsto, respectivamente, nos artigos 334 e 187 dos Códigos Civis português e brasileiro – e assim entendido como verdadeiro “exercício anormal do direito próprio” pelo fato de decorrer da violação de uma “afecção substancial, funcional ou teleológica”; neste particular, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 542. Não se trata, contudo, de uma norma específica/exclusiva de responsabilidade civil, mas de preceito geral tendente a conformar todo o ordenamento no que tange ao exercício dos direitos e, em caso de inadequação, acarretar o surgimento de um dever de reparar danos advindos desta ilicitude. Sobre o tema, é obrigatória, pela sua influência na doutrina subsequentemente desenvolvida em língua portuguesa, a citação de CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 3reimp. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 661 e ss.; sem prejuízo, dentre tantas outras referências possíveis, mas com particular interesse pela parcial identidade quanto à abordagem comparatista ora proposta, MARTINS-COSTA, Judith. **A contribuição do Código Civil português ao Código Civil brasileiro e o abuso de direito: um caso exemplar de transversalidade cultural**. *Themis*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, edição especial, 2008, pp.107-128.

¹⁰⁰⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, cit., p. 489. Tal reestrutividade pode ser verificada com uma tônica mais acentuada no direito português, o que bem se manifesta em uma temática reflexa, mas conexa, qual seja, aquela concernente à ilicitude em decorrência da violação de normas de proteção. A este respeito, não obstante reflita uma visão bastante germanizada da problemática, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e Deveres de Protecção**. Coimbra: Coimbra,

Não obstante esta necessidade de ampliação, que inegavelmente pressupunha uma maior flexibilidade da associação entre a ideia de ilicitude e o condicionamento à verificação de uma rigorosa violação de direitos, é de se concluir que o sistema português vigente o fez, mas com alguma cautela, pois não obstante contenha preceito consideravelmente amplo (artigo 483), relegou-lhe interpretação mais restrita, que tende a se conjugar com as figuras típicas previstas nos seus artigos 484, 485 e 486¹⁰⁰¹, os quais contemplam situações que poderiam ser dedutíveis a partir do conceito geral de ilicitude previsto em uma autêntica cláusula geral¹⁰⁰². Daí porque ser usual falar na referência ao paradigma alemão¹⁰⁰³ que, mesmo a partir de

1994, pp. 162 e ss; igualmente, LEITÃO, Adelaide Menezes. **Normas de protecção e danos puramente patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 617 e ss.

¹⁰⁰¹ Artigo 484º (Ofensa do crédito ou do bom nome) Quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, responde pelos danos causados. Artigo 485º (Conselhos, recomendações ou informações) 1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte. 2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível. Artigo 486º (Omissões) As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido. Tratando das modalidades de ilicitude em questão, especialmente com um confronto entre as regras dos artigos 484 e 485, ver MATOS, Filipe Albuquerque de. **Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome**. Almedina: Coimbra: 2011.

¹⁰⁰² Tal qual feito, aliás, no sistema italiano, por força da interpretação da regra do artigo 2.043 Código Civil de 1942, de contornos bastante abrangentes (não obstante ainda em menor grau do que o verificado no sistema francês). Assim, a vagueza do termo “dano injusto”, como adiante se verá, concedeu à doutrina e à jurisprudência papel muito mais relevante na sedimentação da amplitude do conceito em exame. Para uma referência inicial sobre o tema e sem prejuízo do exame que se seguirá, ver CASTRONOVO, Carlo. **La responsabilità civile. Esperienze europee a confronto**. In: AAVV. I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella Cultura Giuridica Italiana. Padova: CEDAM, 2002, pp. 396 e ss.

¹⁰⁰³ Do ponto de vista comparatístico, é possível antever que a afeição ao modelo germânico talvez seja mais da doutrina do que propriamente da letra da lei (não obstante seja notório reconhecer a influência alemã sobre os trabalhos preparatórios de Vaz Serra), isso em razão da relativa amplitude da regra do já citado artigo 483 do Código de 1967. Tal se conclui porque mesmo os seus termos sendo amplos e mesmo nele constando uma referência um tanto elástica (“qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios”), que poderia ter recebido uma interpretação mais extensiva, tal qual feito com a conformação italiana do conceito de dano injusto, a doutrina persiste em falar na descrição de tipos de fato determinados do ilícito relevante para fins de responsabilidade civil, assim entendidos enquanto genuínos delitos; neste sentido, FARIA Jorge Ribeiro de. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 1990, v. I, p. 418. No mesmo norte, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Sobre o conceito de ilicitude do art. 483.º do Código Civil**. In: AAVV. Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo. Braga: Universidade do Minho, 2002, separata, p. 524; segundo o autor, o modelo de ilicitude português, quanto à técnica legislativa, estaria muito próximo do alemão, pois ambos constituiriam um meio termo entre a amplitude da cláusula geral francesa e a rigidez da tipicidade verificada nos sistemas de *Common Law*. É inegável reconhecer, especialmente a partir de um olhar comparatista externo, o aparente desejo de um sistema típico, nos moldes alemães, quando, ao que parece, a letra da lei

regras de tipicidade da ilicitude, também já se mostra um tanto flexibilizado nos dias atuais.

O certo é que, de um modo menos ou mais próximo de um modelo de ilicitude típica, o sistema jurídico português não está alheio às necessidades de ampliação do alcance da responsabilidade civil por intermédio do alargamento do espectro da ilicitude enquanto pressuposto da imputação civil, fazendo-o, contudo, de um modo mais dogmático (*rectius*, por meio de construções teóricas mais desenvolvidas, bem ao gosto germânico) e menos suscetível da concretização por intermédio da criação judicial.

No direito brasileiro, a questão parece estar posta em sentido inverso quando comparadas a letra da lei e a praxe jurídica de ambos os sistemas. Isso porque o artigo 186 do Código Civil de 2002, ao traçar os contornos do conceito de ato ilícito que, conjugado com a regra do artigo 927, conduzirá à obrigação de reparar danos, lançou mão apenas das expressões “violar direito e causar dano a outrem”¹⁰⁰⁴, sem fazer qualquer menção à infringência de situações jurídicas outras, o que poderia dar a

tenderia a aproximar-se de um regime de atipicidade. O reconhecimento da aludida proximidade com o modelo alemão típico, contudo, não é consensual; a propósito, com uma visão mais ponderada sobre o alcance da regra do artigo 483 em matéria de ilicitude, na medida em que fala em modelo intermédio entre os paradigmas francês e alemão, MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por Conselhos...**, cit., p. 175. Igualmente, referindo a existência de uma “cláusula geral limitada”, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**., cit., p. 290.

¹⁰⁰⁴ A doutrina brasileira tem feito ponderações acerca da impropriedade das expressões empregadas pelo legislador de 2002 para demarcar as hipóteses de ocorrência do ato ilícito. Isso porque ao referir “violar direito e causar dano”, ligando as duas hipóteses com a conjunção aditiva “e”, deu a entender que a ocorrência de dano é pressuposto imprescindível à ocorrência de ato ilícito, o que não corresponde à verdade, em especial considerando que a norma em causa está inserida na parte geral do Código Civil e, por isso, poderia ter uma pretensa aplicação a todo o sistema de direito privado e não apenas à responsabilidade civil. Como observa VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, cit., p. 04, “o ato ilícito existe com ou sem dano. Em outros termos, não há necessariamente dano no ato ilícito”. A confusão terminológica deve-se, por certo, ao emprego da expressão “ato ilícito” como aparente sinônimo de “dever de indenizar”, a que representa um sério equívoco. O mesmo autor, contudo, traz projeção bastante otimista a respeito, asseverando que esta imperfeição, dada a necessidade de conjugação do referido preceito com aquele contido no artigo 927 do mesmo Código para fins de nascimento do dever de indenizar, não trará maiores consequências. É, contudo, inegavelmente, uma falha na técnica legislativa. Com uma visão menos crítica acerca da substituição empregada, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado**..., cit., v. II, t. III, p. 383.

entender que a ilicitude enquanto pressuposto do dever de reparação decorreria, nos moldes mais tradicionais, apenas da violação de direitos absolutos¹⁰⁰⁵.

Não obstante isso, quiçá diante da influência da praxe desenvolvida ao longo dos quase cem anos de vigência do Código de 1916, de inspiração redacional francesa¹⁰⁰⁶, a interpretação que vem sendo dada ao dispositivo pela doutrina e pela jurisprudência indica, ao contrário, para um expressivo alargamento dos seus contornos (mesmo que aparentemente *contra legem*), a abranger situações outras que não apenas a lesão a direito subjetivo propriamente dito.

Desta feita, não obstante a falha na técnica legislativa – ou ao menos desatualização – no que tange à demarcação dos contornos da ilicitude no Código Civil brasileiro¹⁰⁰⁷, é notório reconhecer que a sua aplicação inclina-se a acompanhar as mais hodiernas tendências ampliativas. Reconhece-se a ilicitude, por isso, como toda e qualquer contrariedade a regras de dever-ser postas no ordenamento, o qual vem compreendido como uma “dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos derivados das quatro fontes de produção de normatividade” (lei, jurisprudência, doutrina e costume)¹⁰⁰⁸.

Em suma, mesmo que com realidades antagônicas sob os aspectos legislativo e interpretativo quando contrapostas (maior restrição/ampliação legislativa

¹⁰⁰⁵ Esta é a impressão de MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade Civil**: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes e às actuais discussões de reforma na Europa. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 310.

¹⁰⁰⁶ CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privado e Codificazione in Brasile**. Milano: Giuffrè, 2005, p. 100.

¹⁰⁰⁷ Isso porque mesmo regulando a matéria por meio de preceito geral, lançou mão de termo redacional demasiado rigoroso (ao menos se observado do ponto de vista do seu conteúdo puramente jurídico) para demarcar os contornos do conteúdo da ilicitude. Esta é impressão de IUDICA, Giovanni. **Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo Código Civil brasiliano**. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 296. O autor, ao comparar as leis civis italiana e brasileira, critica a aparente restritividade conceitual desta, lembrando a alteração jurisprudencial do conceito de “dano injusto” (artigo 2.043 do *Codice*) a partir da sentença n. 500/1999, proferida pela *Corte di Cassazione*, que permitiu o reconhecimento da ilicitude e, assim, da indenizabilidade dos danos decorrentes da violação de “posizioni giuridiche soggettive non assimilabili al diritto soggettivo”, o que “difficilmente avrebbe potuto verificarsi se la formulazione dell’art. 2043, cod. civ., fosse stata rigida come quella del nuovo art. 186 del codice brasiliano”.

¹⁰⁰⁸ MARTIS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>>. Acesso em 25. ago 2013, p. 14. Neste sentido, por exemplo, é de se citar a ampla gama de situações de reconhecimento da indenizabilidade de danos (individuais ou coletivos) decorrentes da lesão a interesses difusos, categoria que, sem prejuízo de algum esforço interpretativo de parte da doutrina, não se enquadra no conceito clássico de direito absoluto.

associada a maior/menor amplitude interpretativa, respectivamente), os sistemas jurídicos brasileiro e português parecem atingir, cada um à sua moda, pontos de chegada próximos, não obstante a diversidade dos caminhos trilhados. E tal se dá por intermédio da convergência ao reconhecimento da ampliação da ideia de ilicitude – e, por conseguinte, do âmbito de tutela da responsabilidade civil – para além da violação de direitos, de modo a caracterizá-la quando constatada a infringência de toda e qualquer situação jurídica subjetiva digna de tutela¹⁰⁰⁹.

2.1.3. *A injustiça do dano e a sua correlação com a noção de ilicitude*

O sistema italiano, pela peculiaridade redacional do vigente artigo 2.043 do seu Código Civil, vem tratado em seguida, mas com um olhar atento de comparação, especialmente no que tange ao confronto do pressuposto em causa. Nesta linha, de plano cumpre assinalar que, seja dito ilicitude, antijuridicidade ou mesmo injustiça¹⁰¹⁰, tinha conteúdo idêntico àquele verificado nos demais sob estudo, especialmente em razão da regra do artigo 1115 do *Codice* de 1865¹⁰¹¹, de inspiração redacional francesa.

Nesta senda, exigia-se ao surgimento do vínculo obrigacional aquiliano no sistema italiano a presença do ato ilícito que, por sua vez, assim se caracterizava diante da presença do dolo ou da culpa no agir do lesante e da verificação da lesão de um

¹⁰⁰⁹ Ganha aqui especial relevo a possibilidade de ampliação da indenizabilidade dos danos à pessoa, consoante tratado no item 2.2.2 do §2º do capítulo I, pois, nestes casos, mesmo que a vista de uma grande ampliação do rol de direitos da personalidade, nem sempre a proteção jurídica vem conferida por meio de direitos propriamente ditos.

¹⁰¹⁰ Segundo FRANZONI, Massimo. *Trattato...*, cit., p. 36, nota 14, a sinonímia antes destacada em relação aos pressupostos da ilicitude e da antijuridicidade pode ser inferida, de algum modo, também em relação à injustiça do dano, que podia ser lida tanto como ilicitude da conduta quanto como antijuridicidade. Diante da complexidade, contudo, que será analisada na sequência, vê-se esta alusão à identidade de conteúdo conceitual com alguma cautela, já que a expressão *danno ingiusto* tende a designar fenômeno mais abrangente do que a mera contrariedade da conduta do agente em relação ao direito presente na ilicitude ou na antijuridicidade.

¹⁰¹¹ Assim dispunha o dispositivo precitado: “Qualunque fatto dell’uomo, che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno”. Ao que se infere dos seus termos, consoante, aliás, também o fazia o paradigma francês, sequer é feita alusão expressa à violação de direitos sistematizada por meio da ilicitude/antijuridicidade, de modo que a sua exigência decorria muito mais da interpretação do dispositivo do que de uma exigência textual propriamente dita.

direito absoluto de outrem¹⁰¹². Seguiu-se, desta forma, a linha tradicional de partição do ato ilícito (*lato sensu*) em dois elementos, um objetivo, materializado pela antijuridicidade/ilicitude, e um subjetivo, corporizado na culpabilidade, ou mesmo verificando-se, em outras construções, uma absorção da culpa que passa a constituir elemento integrante (subjetivo) da própria antijuridicidade¹⁰¹³.

O alcance do pressuposto passou a ser revisto sob a égide do Código de 1942 em decorrência da introdução, na fórmula francesa adotada até então, da designação *danno ingiusto*¹⁰¹⁴, o que se constituía em inegável novidade, especialmente se confrontada com os demais sistemas em comparação. E isso seja porque a qualificação vinha referida como atributo do dano e não da conduta, seja porque rompia – ao menos do ponto de vista léxico – com a terminologia tendencialmente dominante por influência clara da experiência penal e do modelo alemão de imputação civil (sistema da culpa/ilicitude em contraposição ao sistema unitário da *faute*)¹⁰¹⁵.

O conceito de injustiça referido pela regra geral de responsabilidade do artigo 2.043 do *Codice*, de início, também tendeu a assumir um conteúdo próximo

¹⁰¹² Com um apanhado da doutrina sobre o tema, ver MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 198-202.

¹⁰¹³ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 211. Segundo o autor, a reminiscência destas concepções é que por vezes permite, ainda hoje, considerarem-se genuínas situações de responsabilidade objetiva como se de culpa *in eligendo* fossem, por meio da agregação de um elemento de desvalor à conduta do agente, ou de situações de caso fortuito descritas como se tratassem de ausência de culpa. Igualmente neste sentido, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 59.

¹⁰¹⁴ Como se percebe pela contraposição dos dois preceitos, a variação é mesmo muito pequena no que tange aos pressupostos, apenas agregando o Código de 1942 a referência expressa ao dolo (como alternativa à culpa em sentido estrito) e a indicação de que o dano objeto da responsabilidade civil seria aquele qualificável como injusto. Assim consta da letra do atual artigo 2.043: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Alguma discussão se estabelece na doutrina acerca da adequada manutenção da designação *fatto*, tal qual ocorria já no Código revogado, ao invés de *atto*, mais estreitamente relacionado com a ideia de ação humana consciente e voluntária. Partindo-se de um regime geral de responsabilidade fundando apenas na culpa, a assertiva faz sentido; todavia, em se pretendendo um regime mais abrangente e estruturado a partir da ideia central de dano injusto, a regular todas as situações predispostas ao alcance da responsabilidade civil, dentre elas os eventos relacionados à imputação objetiva, por exemplo, nos quais nem sempre é possível verificar uma ação humana propriamente dita, a designação constante na lei, por ser mais abrangente ao ponto de compreender seja a ação ou o evento danoso, resta por afigurar-se adequada. Assim, FRANZONI, Massimo. **Trattato...**, cit., pp. 32-33.

¹⁰¹⁵ Para um aprofundamento da contraposição entre os paradigmas francês (sistema da *faute* ou sistema unitário) e alemão (sistema da culpa/ilicitude ou sistema dual), ver CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais**. Lisboa: Lex, 1997, pp. 424 e ss.

daquele extraível do conceito de antijuridicidade¹⁰¹⁶ até então desenvolvido pela civilística tradicional¹⁰¹⁷, iniciando a doutrina e a jurisprudência, somente após algum tempo da sua vigência¹⁰¹⁸, a reelaborar tal concepção. Passa-se, a partir disso, a aferir se realmente a qualificação atribuída ao dano – e não à conduta, como ocorre com a antijuridicidade – exauria-se na ideia de lesão a direitos absolutos ou mesmo de interesses juridicamente protegidos (já aqui aceitando a posterior ampliação interpretativa do próprio conceito de ilicitude para além dos direitos subjetivos propriamente ditos)¹⁰¹⁹.

Diante destes questionamentos é que se forja no cenário jurídico italiano uma significativa abertura da responsabilidade civil por meio não da ampliação do conceito de ilicitude, mas da construção do conteúdo da injustiça do dano. Assim, várias foram as situações submetidas à apreciação judicial que permitiram uma superação da ideia estanque de violação a direito absoluto (e mesmo de violação a interesse juridicamente protegido), tudo no sentido de permitir o alargamento das situações tuteladas pela responsabilidade extracontratual¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ A designação *antigiuridicità* é encontrada com mais frequência na doutrina italiana se comparada à congênera *illiceità*-ilicitude (esta mais frequente no Brasil e em Portugal), não obstante tendam a assumir, ambas, o mesmo conteúdo jurídico já analisado em momento precedente. Tal se infere claramente em DOGLIOTTI, M.; FIGONE, A. **Le cause di giustificazione**. In: CENDON, Paolo. *La responsabilità civile. Responsabilità extracontrattuale*. Torino: UTET, 1998, v, VIII, p. 39.

¹⁰¹⁷ D'ANTONIO, Virgilio. **Il Danno ingiusto**. In: STANZIONE, Pasquale (diretto da). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, p. 94. A este respeito, o autor assinala a ocorrência, neste período, de uma autêntica sobreposição conceitual entre ilicitude e injustiça. Esta identidade de conteúdo conceitual também é destacada por AUTORINO, Gabriella. **La responsabilità aquiliana: il modello atípico dell'art. 2043 C.C.** In: STANZIONE, Pasquale (diretto da). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, pp. 08-09, especialmente quando refere que, até a década de 70 do século passado, a injustiça do dano referida no artigo 2043 do *Codice* era lida tão somente como violação a direito subjetivo absoluto, nos moldes do que sucedia, em similar período, nos demais sistemas sob comparação, relativamente à noção de ilicitude. Esta abertura conceitual – não apenas para demarcação desta faceta do conteúdo da locução *danno ingiusto*, mas igualmente de outra que lhe será agregada contemporaneamente, relacionada ao prejuízo em si e à sua decorrência de uma situação de violação do interesse lesado (leia-se, de atenção à vítima) – é que representou o atendimento de necessidades outras que restaram por ser ponderadas pela doutrina e pela jurisprudência italianas.

¹⁰¹⁸ Para um acurado percurso histórico desta evolução conceitual, ver D'ANTONIO, Virgilio. **Il Danno ingiusto**, cit., pp. 93-95.

¹⁰¹⁹ Mais uma vez a este respeito, é primorosa a síntese evolutiva contida em MONATERI, Per Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 202-212.

¹⁰²⁰ Nesta linha interpretativa e operando com a reconstrução do alcance do conceito de dano injusto, chegou mesmo a Corte de Cassação a reconhecer a existência de um autêntico *diritto all'integrità patrimoniale* enquanto meio de proteção de cada indivíduo na própria integridade do seu patrimônio, o que permitiu a extensão da tutela aquiliana a diversos *hardcases*, especialmente aqueles relacionados a

Com isso é possível afirmar que, para fins de caracterização da parcela do conceito de dano injusto corporizada no esquema estrutural da responsabilidade civil por meio da até então restritiva ideia de antijuridicidade, a jurisprudência italiana passou a aceitar a lesão a qualquer “situação jurídica relevante”, mesmo que por vezes de natureza factual¹⁰²¹, avanço este considerável se contraposto à noção de violação a direito absoluto ou mesmo de norma jurídica destinada a proteger interesses alheios.

Daí porque a autonomia adquirida pela noção de dano injusto em relação à violação a direitos absolutos materializa-se por meio, como dito, do reconhecimento definitivo da tutela ressarcitória dos interesses legítimos pela via aquiliana para além, inclusive, de uma mera ampliação do conceito de antijuridicidade, apresentando-se como momento determinante da autonomia adquirida pela cláusula geral do artigo 2.043 do *Codice Civile* em relação à ótica estreita da sua acepção original, que se converte em instrumento de tutela integral aos sujeitos e do livre desenvolvimento da sua personalidade¹⁰²².

Diante destas considerações e tendo em conta o questionamento que ora se propõe a elucidar, é possível antever que a injustiça que qualifica o dano indenizável apresenta-se como uma formulação complexa que não se esgota nas noções de ilicitude ou antijuridicidade, não obstante com elas guarde uma origem conceitual

direitos relativos. Sobre o tema, ver MONATERI, Per Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 215-220, onde se encontra aprofundado estudo acerca dos precedentes judiciais que permitiram a expressiva ampliação do conceito de interesse juridicamente protegido apto a, se violado, permitir o seu enquadramento no conceito de injustiça predisposto no artigo 2.043 do *Codice Civile*. Especificamente sobre a temática relacionada à estruturação de um *diritto al patrimonio* passível de, em caso de violação, viabilizar a tutela aquiliana, pela riqueza da sua controvérsia em razão da aparente ruptura com a dogmática tradicional, ver FRANZONI, Massimo. **Trattato...**, cit., pp. 855-872. O sistema português, ao seu turno, seguindo os passos da tradição alemã, tende a adotar construção diversa para situações desta ordem; sobre o tema, dentre outros, LEITÃO, Adelaide Menezes. **Normas de protecção...**, cit., pp. 259 e ss.

¹⁰²¹ FRANZONI, Massimo. **Trattato...**, cit., pp. 917-929. Também reconhecendo esta possibilidade, ver MONATERI, Per Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 221, que, ao cabo, observa que a referida solução é propriamente *tutto e niente*, apresentando-se mais como um esquema de raciocínio do que como uma solução propriamente dita.

¹⁰²² AUTORINO, Gabriella. **La responsabilità aquiliana...**, cit. pp. 12-15. Acentua-se, neste particular, a aquisição da característica de norma primária por parte da cláusula geral em questão, e não apenas secundária, cancelando-se a conotação exclusivamente sancionatória relacionada à violação de preceitos associados a uma posição vantajosa ao ponto de permitir a associação da responsabilidade civil não apenas ao fato (à conduta da qual provem), mas precipuamente ao dano. Em sentido contrário, afirmando que o artigo 2.043 contém “uma norma puramente secundária”, o que talvez seja compreensível ainda em razão da influência de certa doutrina com viés um tanto tradicional a respeito, LEITÃO, Adelaide Menezes. **Normas de protecção...**, cit., p. 72.

semelhante e alguma função aproximada tendente a condicionar, por meio de uma série de fatores, o campo de demarcação dos danos submetidos à tutela aquiliana¹⁰²³.

Tal se afirma porque o conceito de injustiça relevante à responsabilidade civil tende a receber um contorno mais ampliado do que aquele contido no pressuposto da ilicitude, mesmo que na sua acepção mais lata. Para que tal se compreenda, cumpre assinalar que esta noção vem materializada por meio de uma ponderação relacionada à conduta lesiva (próxima da ideia de ilicitude) à qual se agrega outra, associada ao prejuízo em si, para o fim de, em conjunto, caracterizar o dano sofrido como injusto e, assim, torná-lo passível de dar ensejo a uma obrigação de indenizar.

Diante de todas estas ponderações, é possível compreender as razões que levam a doutrina italiana a afirmar que os conceitos de ilicitude e de antijuridicidade, mesmo que em uma acepção civilística mais alargada, apresentam-se irrelevantes à teoria da responsabilidade civil fundada no dano injusto, que passa a exercer cumulativamente o papel – além de outros que lhe são conferidos – de verificador da contrariedade do fato (conduta e dano) em relação ao direito¹⁰²⁴. E a justificativa para tanto está na incapacidade do ato ilícito (e da ilicitude/antijuridicidade que lhe está subjacente) de reunir sob a sua égide todas as situações produtivas de danos dignos de serem ressarcíveis, o que se afigura factível por intermédio da noção complexa e mais dúctil de dano injusto¹⁰²⁵.

E esta acepção quiçá apresentar-se-á relevante na estruturação de um sistema geral de responsabilidade objetiva, diante de possíveis entraves à uma

¹⁰²³ MONATERI, Per Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 226. Nas palavras do autor, “[u]na teoria que a noi pare necessariamente complessa e che non può ridursi all’indicazione di un solo elemento quale del’ingiustizia, ma che deve puntare all’elaborazione di una serie di fattori, quali fattori che condizionano il giudizio sulla antijuridicità ingiusta dell’illecito”.

¹⁰²⁴ Neste sentido, FRANZONI, Massimo. **Trattato...**, cit., p. 39, nota 27. Afirma-se, inclusive, que a estruturação de um regime geral de responsabilidade que não mais encontre a sua centralidade no ato ilícito, mas sim no dano injusto, é uma excelente forma de promover a superação definitiva da ideia de responsabilidade civil enquanto sanção ao ilícito (o que muito bem se materializa por meio das figuras da ilicitude propriamente dita ou da antijuridicidade), para o fim de compreendê-la enquanto reparação ao prejuízo indevidamente (injustamente) sofrido pelo lesado.

¹⁰²⁵ Sobre o tema, ANNUNZIATA, Gaetano. **Responsabilità civile e risarcibilità del danno**. Padova: CEDAM, 2010, pp. 04-05.

transposição pura dos estreitos limites da ilicitude para um juízo de imputação diverso da culpa, como se verá na sequência.

2.2 Ilicitude e responsabilidade objetiva

Os debates propriamente acerca da necessidade ou não da verificação autônoma do pressuposto da ilicitude em um juízo de imputação objetiva são relativamente escassos, restringindo-se, no mais das vezes, a alguma referência ligeira a respeito.

Ocorre que a temática aparenta demandar um exame acurado, pois o fato de, na sua estrutura, apresentar-se irrelevante a culpa e, com isso, estar ausente o ato ilícito na sua plenitude, não significa, *per se*, que a ilicitude também será irrelevante, ao menos a partir de um juízo superficial de avaliação. Oportuno, portanto, para assim concluir – em um sentido ou em outro –, aferir se o seu conteúdo atual e o seus objetivos no juízo de imputação civil geral (já antes delimitados) são compatíveis ou não com um regime geral de responsabilidade objetiva.

Ainda em um plano introdutório, deve ser assinalado que a antes referida superficialidade do enfrentamento autônomo da problemática aparenta decorrer de uma conclusão por vezes precipitada que tende a relacionar o pressuposto da ilicitude ao ato ilícito em si que, por ser integrado pela culpa, resta de plano excluído do juízo de imputação objetiva de danos. Daí que uma conclusão apressada que tome apenas esta premissa como ponto de partida tenderia a afirmar a irrelevância do pressuposto, o que, contudo, não parece ser a linha de condução dogmática mais precisa para a controvérsia, independentemente do seu resultado, até mesmo diante dos inconvenientes desta associação impositiva entre ilicitude e ato ilícito, consoante já analisado anteriormente.

Cumprido, por isso, verificar como se tem manifestado a doutrina nos sistemas jurídicos sob comparação, com vistas a, partindo disso, constatar a suficiência

das teorizações a respeito e, ao cabo, poder chegar a alguma conclusão em matéria de (ir)relevância do pressuposto e das repercussões dela decorrentes.

2.2.1 *O pressuposto da ilicitude no juízo de imputação objetiva*

Consoante referido, a matéria tem sido pouco desenvolvida e, quando feito, sem autonomia ou com reflexões por vezes superficiais ou precipitadas a respeito¹⁰²⁶. Sem prejuízo, é possível identificar um aparente dissenso a respeito da (ir)relevância que ora se busca demarcar.

Para uma parcela da doutrina, sendo diversa a estrutura do juízo de imputação civil nos casos de responsabilidade objetiva, restaria dispensada não só a aferição da culpa, mas também da ilicitude. O fundamento para tanto está no fato de que o agravado risco de causar prejuízos a terceiros presente em certas atividades contraposto à sua utilidade pública faz com que não sejam elas proibidas por lei, sem prejuízo de que seja imposta ao seu autor a obrigação de reparar independentemente de culpa, o que é feito quase que como uma compensação pelas vantagens obtidas¹⁰²⁷.

Aparentemente, tal posicionamento tende a associar à imputação objetiva apenas às situações que se legitimam no risco propriamente dito, pois alude a atividades permitidas e ao ônus decorrente da sua especial potencialidade lesiva, o que, como visto, é reducionista do fenômeno jurídico em exame e, por conseguinte, aparenta-se inapropriado a sustentar o regime geral que se intenta propor.

O certo é que se mesmo à vista de uma agravada probabilidade de danos não seria possível antever uma violação de situações juridicamente protegidas a partir de uma atuação relacional, quanto mais naquelas situações em que este risco sequer existe. Daí que, diante destas convicções, a mesma parcela da doutrina costuma

¹⁰²⁶ Não obstante este constitua o panorama geral acerca do enfrentamento do tema, não se pode desconsiderar que já houve alguma atenção à problemática, sem prejuízo de que se possa discordar de algumas das suas conclusões. Sobre o tema, talvez o estudo dogmaticamente mais completo em língua portuguesa (não obstante deveras lastreado na doutrina alemã) sobre a relação entre ilicitude e responsabilidade objetiva, ver BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos**, cit., especialmente o seu capítulo III, pp. 61 e ss.

¹⁰²⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, t. II, p.664. Igualmente, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções...**, cit., p. 110.

assinalar que na responsabilidade de matriz objetiva, mesmo naquelas situações para além do risco propriamente dito, não se pressupõe a ilicitude¹⁰²⁸.

Tal, contudo, não é consenso, havendo quem sustente que a ilicitude adquire contornos de relevância em qualquer juízo de imputação civil, mesmo naqueles fundados no risco ou em critérios outros de imputação objetiva. O fundamento para tanto seria que, mesmo nestes casos, há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, seja ele de incolumidade ou de segurança; assim é que o incumprimento desta obrigação originária é que bastaria a caracterizar a ilicitude nas hipóteses de responsabilidade sem culpa¹⁰²⁹.

O problema de se aceitar esta posição – não obstante ela intua elemento outro que será na sequência considerado – está no conceito deveras largo de ilicitude no qual se baseia, conceito este que, como visto em momento precedente, não se conforma sequer com as acepções mais progressistas a respeito do tema. Por isso é que, e ainda independente da conclusão que se possa ao final chegar, a linha de justificação apresentada não se afigura sólida o suficiente para solucionar a controvérsia, pois demasiado genérica e associada a uma realidade que não condiz com aquela acolhida pelos sistemas jurídicos sob comparação, qual seja, a de que todo e qualquer dano seria juridicamente relevante¹⁰³⁰.

¹⁰²⁸ Neste sentido, ver as observações de MONTEIRO, Jorge Sinde. **Estudos...**, cit., p. 10, nota 7. Igualmente, entendendo no sentido da prescindibilidade da ilicitude enquanto pressuposto autônomo da responsabilidade civil objetiva, LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**, cit., t. II, p. 663; CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**. 3ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 283; TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 7ed. Reimp. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 216; FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e Deveres de Proteção**, cit., p. 131; BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos...**, cit., p. 75; PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 233, nota 743; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental**, Coimbra: Almedina, 2007, p. 21, nota 26; dentre outros.

¹⁰²⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Da Responsabilidade Civil**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XIII, p. 56.

¹⁰³⁰ Não obstante todo e qualquer dano importe na violação de uma esfera de interesses, tal não autoriza dizer que, apenas em razão disso, sempre estará presente a ilicitude, que aqui aparenta projetar-se sobre o resultado. Sobre este tema, cumpre retomar as premissas já apresentadas quando abordada a insuficiência da equidade enquanto fundamento unitário da responsabilidade objetiva, o que lhe conduziria para uma imputação baseada apenas na causalidade. Nestes termos, é de se ressaltar que nenhuma das ordens jurídicas sob comparação – não obstante o tenham feito por meio de caminhos diversos – adotou um sistema puro de *neminem laedere*; por isso que cada um dos preceitos que regulam a atribuição de responsabilidade, mesmo quando através de regras de matriz objetiva, tem

Alternativa para se justificar a necessidade da aferição da ilicitude em um regime geral de responsabilidade objetiva estaria na possibilidade de se modificar o eixo sobre o qual se funda o juízo de desconformidade que dela decorre, passando-o da conduta para o dano em si¹⁰³¹. Não obstante tentadora – até mesmo lógica, pois se o centro da responsabilidade objetiva é o dano, nada mais natural que em relação a ele se projete a valoração quanto à desconformidade com o direito –, não se está de acordo quanto ao fato de ser esta, realmente, a melhor linha de condução para a solução da controvérsia.

E não porque se discorde do fato de que, “situando-se no campo do direito civil, não podemos esquecer que o desvalor do resultado é determinante”¹⁰³², mas porque não pode desconsiderar as contribuições finalistas já antes referidas¹⁰³³, que sem prejuízo da sua origem na dogmática penal, foram acolhidas pela doutrina da responsabilidade civil fundada no ato ilícito e moldaram o conceito de ilicitude então vigente¹⁰³⁴.

por fim a seleção dos prejuízos aptos a ensejar um dever de reparação, permitindo, assim, estruturarem-se sobre um conceito normativo e não meramente naturalístico de dano. Daí porque antever-se a existência de ilicitude apenas no fato de haver danos (sob um prisma naturalístico e puramente causal) não se apresenta enquanto construção dogmaticamente útil à sedimentação de um regime geral de imputação. Isso porque são justamente os filtros de seleção destes danos que precisam ser bem estruturados, ainda com mais razão nos regimes de responsabilidade objetiva, nos quais é notória a erosão de uma série daqueles presentes em um juízo clássico baseado no ato ilícito. Sobre a “erosão dos filtros”, ver SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 11 e ss. O tema voltará a ser tratado no item relativo ao dano juridicamente relevante.

¹⁰³¹ Com uma análise da problemática preponderantemente centrada nesta linha, sob a justificativa de que, para solvê-la, “[f]ulcral é olhar para o binómio ilicitude do resultado/ilicitude da conduta”, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos...**, cit., pp. 62 e ss. No mesmo sentido, com maiores aprofundamentos, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Tese de doutorado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.

¹⁰³² BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos...**, cit., p. 62. Mais adiante, p. 72, após uma série de ponderações e com subsistentes substratos retirados em grande parte da doutrina alemã, prossegue a autora afirmando que “razões há que parecem depor no sentido da configuração da ilicitude de acordo com o resultado”, ao que arremata, p. 73, concluindo que “[d]o ponto de vista teleonomológico, e pela convocação dos princípios, é viável continuar a defender-se uma ilicitude preferencialmente ancorada no resultado”. Em sentido diametralmente oposto, afirmando que “[a] ilicitude não se aufere em relação ao resultado, mas pressupõe antes uma avaliação do comportamento do agente”, bem como sustentando corresponder esta posição “à doutrina majoritária comum”, LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 292.

¹⁰³³ Especialmente, ASCENSÃO, José de Oliveira. **A teoria finalista...**, cit., pp. 09 e ss.; FARIA, Jorge Ribeiro de. **Algumas notas...**, cit., v. LXIX, pp. 71 e ss., e v. LXX, pp. 133 e ss.

¹⁰³⁴ Não obstante seja certo que não se pode desconsiderar todo o caminho já trilhado pela teoria clássica da responsabilidade civil, pressuposto sobre o qual se está a desenvolver a presente proposta

Daí que, à vista das controvérsias postas e tendo em conta os contornos dogmáticos que constituem o conteúdo do pressuposto da ilicitude, que não pode e nem deve ser subvertido ou desnaturado, a razão parece apontar no sentido da impossibilidade de se condicionar à sua verificação o surgimento da obrigação indenizatória decorrente de um sistema geral de responsabilidade objetiva¹⁰³⁵.

E o fundamento para tanto é mais simples do que opção entre as construções associadas à teoria do desvalor da ação ou à teoria do desvalor do resultado, pois está no fato de que a imputação objetiva não pressupõe a existência – e, por isso, a valoração – de uma ação ou de uma omissão humana decorrentes da liberdade de agir do agente e da qual provêm os prejuízos sofridos pelo ofendido; esta atuação pode até existir, mas não integra o rol dos seus elementos indispensáveis, pelo que, mesmo que se apele para uma solução intermediária entre o fato e o resultado¹⁰³⁶, não se afigura factível condicionar a totalidade das situações submetidas a um regime dito geral de responsabilidade objetiva à aferição do pressuposto da ilicitude¹⁰³⁷.

Sem prejuízo desta conclusão, contudo, não é lícito afirmar de modo peremptório que todas as variantes envolvidas pelo juízo normativo de valor realizado pela ilicitude são absolutamente irrelevantes à imputação objetiva. E tal se materializa

de sistematização, também é certo que não convém alterar a essência dos institutos por ela desenvolvidos para o fim de permitir, a todo o custo, a sua inserção em um regime geral de imputação objetiva de danos. Não obstante deva-se ter prudência com as inovações jurídicas por vezes aventureiras, deve-se aqui reconhecer que a estruturação de um sistema autónomo de responsabilidade objetiva demandará alguma construção inovativa. Por isso, nesta linha, está-se de acordo com a afirmação de que não obstante a ilicitude tenha em si algum elemento de relevância à responsabilidade objetiva, não cabe enquanto pressuposto da sua estrutura dogmática, ao menos nos moldes clássicos segundo os quais restou estruturada e tal qual é hoje entendida; assim, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos...**, cit., p. 73.

¹⁰³⁵ Sem prejuízo de que se reconheça que a ilicitude é pressuposto autónomo em relação à culpa (não obstante ambas integrem o suporte fático do ato ilícito), não há como se ignorar que a sua estruturação leva em conta, de algum modo, um juízo de desconformidade da conduta em relação ao direito. Assim que, como dito, sendo accidental a presença de um agir humano livre e consciente, a sua transposição a um regime geral de responsabilidade objetiva seria, no mínimo, artificial.

¹⁰³⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 43.

¹⁰³⁷ Nesta linha, como observa CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 283, não é mais o sujeito/agente que deve responder, mas o seu património, pelo que perde espaço a antijuridicidade enquanto categoria qualificadora da ação. Ainda segundo o autor, p. 287, a ilicitude traz em si a ideia de comportamento contrário ao direito que exige, por tanto, uma sanção, finalidades estas incompatíveis na sua essência com os objetivos pretendidos pela responsabilidade objetiva.

por meio de duas situações pontuais relacionadas à ilicitude, mas que podem apresentar alguma variação de interesse e, por isso, necessitam ser bem avaliadas.

2.2.2 A problemática das causas de justificação

Em um regime de imputação de matriz subjetiva, para o qual se exige a verificação da presença do ato ilícito (culposo e antijurídico), o pressuposto da ilicitude tende a assumir crucial relevância à vista da ocorrência de situações especiais, denominadas causas de justificação¹⁰³⁸, que tornam lícito um agir que, abstratamente, era considerado como violador de uma situação jurídica protegida de terceiro¹⁰³⁹.

Ditas causas obstem, portanto, o surgimento da obrigação de reparar danos, o que se dá por meio da elisão do pressuposto da ilicitude¹⁰⁴⁰, não obstante possam-se verificar consequências outras tendentes a promover a recuperação do prejuízo suportado pelo lesado, mesmo que pela via da equidade¹⁰⁴¹. Ou seja, em

¹⁰³⁸ A denominação é preferível se comparada a *causas de exclusão da responsabilidade* que, não obstante usual (especialmente na doutrina italiana) para fazer referência ao mesmo fenômeno, apresenta-se dogmaticamente mais imprecisa, pois poderia, pela sua amplitude semântica, abranger não apenas as situações de exclusão da ilicitude, mas também, por exemplo, do nexo causal (v.g., caso fortuito e força maior). Daí porque se dará preferência à designação *causas de justificação*. Esta diferença, contudo, não é bem clara, sendo corriqueiro encontrarem-se referências concomitantes, por exemplo, ao estado de necessidade e à legítima defesa ao lado do caso fortuito e da força maior, como se fossem representações de um mesmo fenômeno, com o que não se pode anuir. Assim, SALITO, Gelsomina. **Le cause di giustificazione**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità Extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, p. 428.

¹⁰³⁹ DOGLIOTTI, M.; FIGONE, A. **Le cause di giustificazione**, cit., p. 39.

¹⁰⁴⁰ No sistema italiano, diante da absorção do referido pressuposto pela ideia de dano injusto prevista no artigo 2.043 do *Codice Civile*, é mais usual encontrar na doutrina indicação de que as causas de justificação excluem a injustiça do dano e não propriamente a ilicitude ou a antijuridicidade; sobre o tema, DOGLIOTTI, M.; FIGONE, A. **Le cause di giustificazione**, cit., p. 39. No mais das vezes, não obstante não seja possível antever uma associação direta, a ideia de exclusão da ilicitude pode vir depreendida da materialização do conceito em causa; assim, GALGANO, Francesco. **Trattato di Diritto Civile**. Padova: CEDAM, 2.009, v. II, p. 952. Na doutrina mais tradicional, contudo, é possível encontrar alusão expressa à exclusão da antijuridicidade em razão da presença do que se denomina eximentes objetivas de responsabilidade; nestes termos, BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto Civile**. La responsabilità. Milano: Giuffrè, 1994, ristampa, p. 655. Consoante MICARELLI, Chiara. **Le cause di esclusione della responsabilità**. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. *Diritto Civile. Attuazione e tutela dei diritti*. La responsabilità e il danno. Milano: Giuffrè, 2009, v. V, t. III, p. 428, a opção pelo tratamento das eximentes na seara do dano injusto (em detrimento da sua relação com a ilicitude propriamente dita) é assinalada como um marco evolutivo da teoria da responsabilidade civil, pois materializa a superação de uma impostação dita subjetiva da imputação. Com a mesma opinião, FRANZONI, Massimo. **Trattato...**, cit., p. 995, acrescentando que, neste caso, o dano é *contra ius*, mas *de iure*.

¹⁰⁴¹ Especificamente na figura do estado de necessidade, como o lesado é pessoa diversa daquela que gerou a situação de perigo que legitima a excludente, a lei lhe assegura uma indenização equânime que,

sendo constatada a presença de tais situações, o dano existe, mas não é juridicamente relevante para a incidência da plenitude da regra de responsabilidade civil, já que o fato do qual provém é consentido pelo ordenamento e, por isso, não legitima a transferência dos encargos a pessoa diversa do próprio ofendido a título de autêntica indenização¹⁰⁴².

É notório reconhecer que está implícito no cerne da gestão das causas justificadoras um balanço de interesses a partir do confronto entre a esfera jurídica do lesante e aquela titulada pelo ofendido¹⁰⁴³. Assim, em sendo verificada uma situação normativa que, em última análise, vem reconduzida à ideia contida no brocardo latino *neminem laedit qui suo iure utitur*¹⁰⁴⁴, pode-se concluir que a liberdade de ação prevalece sobre a violação da esfera jurídica do terceiro, mesmo que tal implique na projeção de prejuízos.

É possível identificar nos sistemas jurídicos em comparação duas causas de justificação ditas especiais, ambas importadas da dogmática penalista¹⁰⁴⁵, mas com

contudo, não se constitui em autêntica reparação, já que caracterizada por um “*minus rispetto all’obbligo dell’intero risarcimento stabilito dall’art. 2043*” (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Unite. Sentenza n. 2603, di 20 ago. 1962, *in* Il Foro Italiano, Roma, fasc. I, 1962, p. 2169). Esta, aliás, é a regra dos artigos 2.045, 339, n.2, e 929, respectivamente, dos Códigos Civis italiano, português e brasileiro. Daí porque parte da doutrina prefere identificar o fenômeno como “ato lícito danoso”, consoante observa MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 228, ou mesmo “responsabilidade pelo sacrifício”, designação esta amplamente empregada no sistema jurídico português; a respeito, consinta-se reenviar à síntese contida em MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 133. Para uma abordagem sobre o tema no direito brasileiro, ver USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 137 e ss.

¹⁰⁴² Esta situação bem demarca uma diferença estrutural entre o sistema italiano e aqueles de inspiração genuinamente francesa. Isso porque, em razão da necessidade da verificação da injustiça do dano, é possível afirmar que, à vista de uma causa de justificação, há dano, mas este não é injusto; já nos sistemas que seguem na íntegra a sistemática do artigo 1382 do *Code*, é necessária uma construção mais substancial para, mesmo diante do prejuízo, afirmar-se que, naquela situação, não há dano (em sentido normativo ou, em outras palavras, juridicamente relevante, pois o prejuízo em si é perceptível, não obstante não tenha relevância para o direito). Assim, CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità...**, cit., pp. 789-791.

¹⁰⁴³ NAVARRETTA, Emanuela. **Il danno ingiusto**. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. *Diritto Civile. Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno*. Milano: Giuffrè, 2009, v. V, t. III, p. 256.

¹⁰⁴⁴ Conforme GALGANO, Francesco. **Tratato...**, cit., p. 952, a partir de um exame mais acurado infere-se que mesmo as causas ditas típicas podem ser reconduzidas ao exercício de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, mesmo que de modo específico e em decorrência de uma dada situação (no caso da legítima defesa e do estado de necessidade, por exemplo); por isso a alusão geral ao brocardo *neminem laedit qui suo iure utitur*.

¹⁰⁴⁵ Acentuando a origem e o desenvolvimento da temática no seio do direito penal, MICARELLI, Chiara. **Le cause di esclusione...**, cit., p. 428. O relevo dado às causas de justificação na esfera penalística tem um perfil diverso daquele verificado na congênere civilística: ao passo em que, naquela, o cometimento

viva relevância na esfera da responsabilidade civil; são elas o estado de necessidade e a legítima defesa¹⁰⁴⁶.

Todavia, sem prejuízo dos largos estudos que lhe são relegados e da possibilidade de uma relação direta com o tema em causa, no curso da estruturação de um sistema geral de responsabilidade objetiva as eximentes ditas gerais¹⁰⁴⁷ (e, por isso, não raro, não codificadas¹⁰⁴⁸) aparentam apresentar uma importância mais expressiva. Isso porque aptas a induzirem questionamentos práticos não apenas sobre a irrelevância absoluta do pressuposto a elas relacionado¹⁰⁴⁹, mas, no caso de uma resposta mesmo que parcialmente negativa, sobre a necessidade de que este juízo normativo de modulação dos efeitos da imputação venha realizado, de algum modo, por outro meio.

Daí porque a existência deste paradoxo – que se materializa na relevância das causas de justificação no cenário de um regime geral de responsabilidade objetiva em paralelo à inviabilidade de uma aferição autônoma do pressuposto da ilicitude, ao menos nos exatos moldes em que estruturado pela teoria clássica da imputação de

da conduta típica induz já a existência de uma antijuridicidade presumida, que cede diante da presença de uma causa de justificação, nesta, diante do princípio da atipicidade, não é possível dizer que todo dano traz em si uma presunção de ilicitude, o que deverá ser aferido no caso concreto, diante da violação de um interesse juridicamente protegido e não consentido (seja pelo ordenamento em si ou pelo próprio agente, quando admitido). Assim, SALITO, Gelsomina. **Le cause di giustificazione**, cit., p. 429, nota 9.

¹⁰⁴⁶ Sobre elas dispõem expressamente os artigos 2.044-2.045, 337-339 e 188, respectivamente, dos Códigos Civis italiano, português e brasileiro. A matéria é amplamente tratada pela civilística, não comportando, contudo, abordagem exauriente no curso da presente investigação, sob pena de representar um desvio no seu foco central, quanto mais porque são vários os seus desdobramentos normativos. Permita-se, contudo, reenviar a FRANZONI, Massimo. **Trattato...**, cit., pp. 996 e ss., e MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., pp. 225 e ss., dentre outros, inclusive bibliografia específica já citada neste item.

¹⁰⁴⁷ É usual inserir-se neste rol o exercício de um direito, o adimplemento de um dever e o consentimento do lesado. É possível encontrar algumas variações que incluem, ainda, o exercício de uma atividade e a exposição voluntária ao risco que, não obstante alguma especificidade, parecem decorrer das primeiras.

¹⁰⁴⁸ Ao contrário dos demais – pois o *Codice Civile* nada dispõe a respeito e, em Portugal, tal se pode extrair apenas a *contrario sensu* do artigo 334, que regula o abuso de direito – o Código Civil brasileiro foi taxativo ao prever, no seu artigo 188, inciso I, parte final, que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.

¹⁰⁴⁹ Não obstante no sistema italiano a gestão das causas de justificação se dê por meio da figura do dano injusto e não propriamente de um pressuposto da ilicitude, como ocorre em Portugal e, teoricamente, no Brasil (ao menos diante da letra do seu Código, não obstante, por vezes, a praxe pareça indicar em sentido diverso), reconhece-se que elas privam a conduta de antijuridicidade, nos termos ditos clássicos. Assim, SALITO, Gelsomina. **Le cause di giustificazione**, cit., p. 428.

danos¹⁰⁵⁰ – deve não só ser reconhecida como enfrentada por meio de uma avaliação mais aprofundada a seu respeito.

Uma resposta inicial e instintiva, sem prejuízo de que se pudesse pretender revisar (sem sucesso) a conclusão inicial de que a ilicitude não é efetivamente irrelevante, poderia indicar no sentido da suficiência de um juízo de mera causalidade enquanto legitimador da reparação de todo e qualquer dano, salvo à vista de uma causa de justificação. Em síntese e partindo-se desta premissa, o dano seria ressarcível sempre que faltasse uma autorização para a intervenção na esfera alheia, ou seja, sempre que não fosse justificado¹⁰⁵¹.

Tal linha de construção, porém, não aparenta suficientemente adequada do ponto de vista dogmático, pois transforma a ideia de dano *non iure* na materialização de uma genuína cláusula de *neminem laedere*, com todas as dificuldades que apresenta, de maneira especial em um regime autônomo de responsabilidade objetiva no qual falta um juízo de valoração mais incisivo, tal qual aquele, no regime de matriz subjetiva, materializado na culpa¹⁰⁵².

Ao que se vê, as dificuldades de compatibilização são reais, pois contrariamente do que sucede com o juízo de valoração contido na culpa, que pôde ser suprimido por meio da substituição dos mecanismos de legitimação, aquele

¹⁰⁵⁰ Em sentido aparentemente contrário, afirmando que a irrelevância da ilicitude na responsabilidade objetiva faz igualmente irrelevante as causas de justificação, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos...**, cit., p. 77. A autora, todavia, reconhece que as aludidas situações podem trazer alguma controvérsia, o que entende deva ser solucionado não no plano da ilicitude, mas do seu deslocamento da esfera do risco assumido pelo agente (ao ponto de comprometer a existência do nexo de imputação). Discorda-se da solução proposta em razão da premissa já tantas vezes referida, segundo a qual a invocação do risco não se apresenta como elemento uniforme de conexão entre a totalidade dos casos de responsabilidade objetiva, pelo que se entende mereça a problemática solução em outro campo do regime geral em estruturação.

¹⁰⁵¹ D'ANTONIO, Virgilio. **Il danno ingiusto**, cit., p. 95.

¹⁰⁵² Nesta linha, chegou-se mesmo a propor uma dita teoria do ilícito negativo segundo a qual o problema da antijuridicidade resolver-se-ia por meio de um juízo de valoração negativo: todo dano causado com dolo ou culpa é considerado antijurídico, salvo se provada alguma causa de justificação, quando estaria excluída a incidência da responsabilidade civil. Sobre o tema, MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**, cit., p. 205. Independentemente da validade de tal proposição para um regime de imputação subjetiva, que não está aqui propriamente em pauta, é de se considerar que, estando ausente o juízo de valoração decorrente do exame da culpa, dita teoria mostra-se insuficiente em um sistema geral de responsabilidade objetiva, diante da ausência de um filtro que, ao lado da previsão legal que determina tal regra de imputação, faça as vezes de demarcador dos danos que se mostram juridicamente relevantes.

contido na ilicitude tem certo grau de importância à imputação objetiva, mesmo que apenas no que diz respeito à sua faceta negativa (causas de justificação). Assim, mesmo não se mostrando viável a sua transposição do regime da culpa, ao menos esta faceta do conteúdo do pressuposto em causa não pode ser desconsiderada por completo.

Em outras palavras, não obstante não seja viável condicionar toda e qualquer situação de responsabilidade objetiva à verificação da presença de uma conduta ilícita causadora do dano, quanto mais porque não raro sequer é viável identificar uma ação humana propriamente dita na totalidade das situações, não há como se negar que as causas de justificação (ou a presença delas) têm alguma relevância, porquanto aptas a obstar o juízo de imputação. A tarefa está em identificar por que meio.

E, como já delineado, a questão encontra viva aplicação especialmente no âmbito de incidência das eximentes do exercício de um direito e do consentimento do lesado¹⁰⁵³, pois é possível encontrar, na sua concretização, casos práticos nos quais a existência destas situações demanda uma solução concreta que passa pela necessidade de compatibilizar um regime de responsabilidade objetiva e a incidência destas eximentes.

A problemática vem mais facilmente resolvida no sistema jurídico italiano, por força da interpretação da cláusula geral do dano injusto cuja aplicação – não obstante decorra da regra do artigo 2.043 do *Codice*, que alude ao regime da culpa – é reconhecida às hipóteses de responsabilidade objetiva. Assim, à vista de causa de justificação que concorra com situação submetida a regime de imputação sem culpa, a controvérsia vem solucionada por meio do reconhecimento da ausência do

¹⁰⁵³ Considerando que não seria viável desenvolver, no seio da presente investigação, toda a controvérsia que envolve a excludente do consentimento do lesado e os vários desdobramentos práticos a ela relacionados, especialmente quanto aos seus limites e os seus efeitos, consinta-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Responsabilidade civil e consentimento do lesado**: um contributo da experiência portuguesa à ordem jurídica brasileira. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, Lisboa, a. 3, n. 9, pp. 7447-7501, set. 2014. Ainda, versando sobre o riquíssimo debate jurídico que se estabelece no campo da responsabilidade decorrente do fumo, com todas as variáveis passíveis de associação ao consentimento e à livre disposição, ver VICENTE, Dário Moura. **Entre autonomia e responsabilidade**: da imputação de danos às tabaqueiras no direito comparado. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 73, n. 1, 2013, pp. 213 e ss.

pressuposto do dano injusto, pois, nesta situação, a sua faceta *non iure* deixa de ser atendida.

Alguma dúvida pode se apresentar quanto à melhor solução em sistemas jurídicos como o brasileiro e, especialmente, o português, nos quais a problemática das excludentes é tratada no âmbito do pressuposto da ilicitude, cuja irrelevância veio aqui já reconhecida em um regime de responsabilidade objetiva.

No mais das vezes, diante da necessidade de uma solução concreta para a situação, tal se dá por vias um tanto artificiais. Nestes casos, pode-se encontrar na jurisprudência a invocação à falta do pressuposto da ilicitude – mesmo que tal já se tenha reconhecido não propriamente correto do ponto de vista dogmático –, até porque este aparenta ser o caminho conhecido pelo sistema^{1054 1055}.

¹⁰⁵⁴ Situação que bem reflete esta problemática pode ser verificada, no sistema jurídico brasileiro, no debate envolvendo a inscrição de consumidores em órgãos restritivos de crédito em decorrência de inadimplência. Tratando-se de uma relação de consumo, incide na espécie o regime de responsabilidade objetiva do produtor preconizado no artigo 14 da Lei Federal n.º 8.079/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Desta feita, acaso fosse aceita a tese que preconiza apenas a necessidade da existência do dano e do nexo de causalidade aliados ao nexo de imputação que decorre da lei, toda e qualquer inscrição poderia ensejar um dever de reparar danos não patrimoniais. Ocorre que sendo líquida e exigível a dívida e sendo observados os procedimentos prévios preconizados pela lei para tanto, a “ilicitude” vai afastada em razão do exercício regular de um direito por parte do fornecedor/produzidor, sendo esta a linha de argumentação empregada, não obstante tenha precisão jurídica contestável. Consoante se infere, exemplificativamente, no teor do Recurso Especial n. 746755/MG, julgado em 16 jun. 2005 pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, relator o Min. Jorge Scartezini, *in* RSTJ - Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 31, 2005, p. 425, “[o] banco-recorrente, ao promover a inscrição do nome dos autores no cadastro restritivo, agiu no exercício regular do seu direito, em razão da incontroversa inadimplência contratual dos recorridos, que ensejou a execução judicial do contrato de financiamento por eles celebrado com o Banco”. Afasta-se, com isso, diante do reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude (exercício regular de um direito), o dever de indenizar que se situaria no âmbito de relação jurídica submetida a um regime de responsabilidade objetiva, o que somente reforça a necessidade de que ao menos uma parcela deste juízo de ponderação entre os interesses do lesante e do, em tese, lesado sejam valorados, mesmo num regime de imputação diverso da culpa.

¹⁰⁵⁵ Outra questão semelhante, uma vez mais na seara da responsabilidade do produtor e no sistema jurídico brasileiro, diz respeito à flagrância de uma possível situação de furto em estabelecimento comercial e a comunicação deste fato à autoridade policial por parte do comerciante/proprietário; ocorre que, ao cabo, não resta por se confirmar a prática do delito. O consumidor (por equiparação, já que ainda não estabelecida relação contratual) vai a Juízo e pede a reparação de danos não patrimoniais, invocando lesão aos atributos da sua personalidade em razão do procedimento adotado. O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha do caso anterior, reconhecendo a ocorrência da causa de exclusão da ilicitude do exercício regular de um direito, afasta a obrigação reparatória, mesmo diante de um regime de imputação objetiva (artigo 12 da Lei Federal n. 8.070/90); com isso se demonstra, uma vez mais, a existência de algum grau de relevância da valoração ínsita à ilicitude a todos os regimes de imputação em geral, ao menos na sua acepção negativa, relacionada à justificação do pretense fato danoso. Neste sentido: “*notitia criminis* levada à autoridade policial para apuração de eventuais fatos que, em tese, constituam crime, em princípio não dá azo à reparação civil, por constituir regular

Ditas conclusões demonstram não apenas a atualidade do problema, como a necessidade de uma melhor compatibilização dogmática da sua solução, especialmente nos sistemas jurídicos português e brasileiro. Neste particular, o direito comparado apresenta-se útil, pois o exame da experiência jurídica italiana pode contribuir para uma tentativa da compatibilização das suas soluções aos demais sistemas em questão. O campo para tanto, diante da irrelevância que assumem os pressupostos de cunho subjetivo (ao menos na sua feição tradicional), será no curso da verificação do dano juridicamente relevante e do nexo causal, que adiante se apresentará.

Antes, porém, ainda no exame da correlação entre ilicitude, justificação e imputação objetiva, cumpre tratar de outra questão igualmente problemática quanto às suas implicações práticas, qual seja, o abuso de direito.

2.2.3 *A problemática do abuso de direito*

Na linha das considerações gerais antes apresentadas e tendo em conta a problemática que se estabelece na relação entre a responsabilidade objetiva e as eximentes, diante do vácuo deixado pela ilicitude, cumpre aferir como se comporta estruturalmente neste cenário outra figura intimamente ligada aos mesmos questionamentos e de igual relevância: o abuso de direito¹⁰⁵⁶.

exercício de direito, ainda que posteriormente venha a ser demonstrada a inexistência de fato ilícito" (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 468377/MG, 4ª Turma, relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 23 jun. 2003; igualmente, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1377174/SP, 4ª Turma, relator o Min. Raul Araújo, j. em 18 set. 2012). Ambos os precedentes disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

¹⁰⁵⁶ A designação apenas segue a tradição quanto à nomenclatura, sendo consensual em doutrina que não se exige a existência de um direito propriamente dito, pois o instituto guarda relação com o exercício de qualquer posição jurídica. Assim, CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa 'in agendo'**. 3ed. Coimbra: Almedina, 2016, reimpressão, p. 170. Para uma síntese do problema do abuso a partir da perspectiva da responsabilidade pela confiança, ver FRADA, Manoel A. Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 216-218.

Isso porque o instituto, na sequência da conflituosidade dogmática que lhe costuma ser atribuída¹⁰⁵⁷, apresenta igual potencialidade para por em xeque algumas das evidências de natureza teórica alcançadas no que tange à irrelevância da ilicitude em um juízo de responsabilidade civil objetiva, justamente por se inserir em uma zona gris entre o justo e o injusto¹⁰⁵⁸, o que se projeta na discussão em comento.

Na tradição italiana, a concretização das situações de abuso e a ponderação sobre a indenizabilidade delas decorrentes dá-se, tal qual acentuado no que tange às causas de justificação, a partir do exame da faceta *non iure* do dano injusto. Assim, a atividade que, em princípio, poderia tornar lícita a projeção de prejuízos na esfera jurídica de terceiro, pois amparada pela eximente do exercício de um direito, sucumbe diante de um interesse contraposto¹⁰⁵⁹ que, em razão da anormalidade do seu exercício a partir de um padrão objetivo, caracteriza o dano como apto a gozar da tutela aquiliana¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ A doutrina tende a assinalar a longa resistência que foi oposta ao instituto por diversos autores no curso da evolução atual do direito civil. Para um completo apanhado sobre tais objeções, especialmente quanto ao papel do abuso na teoria geral do direito privado e quanto aos seus consequentes reflexos na responsabilidade civil, ver BONANZINGA, Rosa Thea. **Abuso del diritto e rimedi esperibili**. Comparazione e Diritto Civile, Salerno, Sezione Teoria Generale, nov. 2010, pp. 01-03. Disponível em: <http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/bonanzinga_abuso.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016. Também reconhecendo esta controvérsia, o que o faz a partir do instituto nos sistemas português e brasileiro, MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé**, p. 02. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2016.

¹⁰⁵⁸ Tanto que uma das objeções que com mais intensidade fora oposta à relevância jurídica do abuso de direito dizia respeito à sua aparente conflituosidade, pois situado entre as ideias de *exercício de direito* e de *abusividade*, a contrariar a máxima segundo a qual o exercício de um direito, por natureza, não implica em antijuridicidade e, por conseguinte, no surgimento de uma obrigação de reparar danos (*qui iure suo utitur neminem laedit*). Sobre o tema, NAVARRETTA, Emanuela. **Il danno ingiusto**, cit., p. 260.

¹⁰⁵⁹ Neste particular, é oportuno estabelecer a diferença entre a figura do *abuso de direito*, que se caracteriza enquanto exercício que, por ser contrário aos fins que lhe são estabelecidos, conflita com interesses jurídicos de terceiros, e aquela aludida como *excesso de direito*, que guarda relação mais propriamente com os limites que delineiam o conteúdo do próprio direito em si. Daí porque, conforme D'ANTONIO, Virgilio. **Il danno ingiusto**, cit., p. 114, enquanto no abuso o paradigma é sempre a relação do exercício do direito com interesses de terceiro, no excesso tal se dá a partir do seu próprio conteúdo. Comungando da mesma ideia e a representando por meio de feliz síntese, BONANZINGA, Rosa Thea. **Abuso del diritto...**, cit., p. 04, refere que o abuso, não obstante aparentemente em conformidade com o conteúdo, é o desvio, o desvirtuamento; o excesso, o transbordo para além dos seus próprios limites.

¹⁰⁶⁰ NAVARRETTA, Emanuela. **Il danno ingiusto**, cit., pp. 259-260. A concorrência entre comerciantes é um claro exemplo deste fenômeno. É lícito que um estabelecimento diminua a clientela dos demais que exploram a mesma atividade em razão, por exemplo, da oferta de preços ou de condições mais vantajosas aos adquirentes, causando, assim, prejuízos a terceiros; este dano deve ser suportado por aquele que o sofre, pois tal se insere enquanto desdobramento lógico do livre exercício de profissão assim entendido enquanto causa eximente do fato danoso. Todavia, se este exercício é anormal, pois, v.g., dá-se por meio de uma concorrência desleal (a partir dos elementos que lhe são típicos em cada

O ordenamento jurídico italiano – contrariamente do que sucede em Portugal e no Brasil, por força dos respectivos artigos 334¹⁰⁶¹ e 187¹⁰⁶² dos seus vigentes Códigos Civis – não conta com um exposto dispositivo tratando de maneira categórica a figura ou mesmo conectando-a com a responsabilidade civil de modo a permitir, em caso de ocorrência de danos, o surgimento de uma obrigação de indenizar; dita possibilidade, a par de real e frequente, demanda uma construção judicial no caso concreto¹⁰⁶³ através da modulação do conceito de dano injusto¹⁰⁶⁴.

ordenamento), o abuso afasta a incidência da eximente e o que de início era legítimo torna-se injusto, abrindo margem à reparação.

¹⁰⁶¹ “Artigo 334º (abuso de direito) É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Algum debate se estabeleceu em doutrina acerca da caracterização do abuso como fonte de ilicitude, especialmente tendo em conta que a lei fala em ilegitimidade. A posição atualmente predominante sinaliza no sentido de que a designação “é ilegítimo” contida no preceito não foi usada na sua acepção técnica, querendo indicar, em verdade, que o exercício, nas situações referidas, é ilícito. Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. **Do abuso de direito**: estado das questões e perspectivas. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 65, v. II, set. 2005, p. 02. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614>. Acesso em 20 jun. 2016.

¹⁰⁶² “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Os padrões, como se vê a partir de uma simples comparação com a letra do preceito português, são muito próximos; apenas operou-se a substituição da caracterização, pois ao invés de se referir ilegítimo, o ato foi dito ilícito, invocando, assim, o debate precedentemente mencionado. O certo é que a feição objetiva assumida por ambos os preceitos levou a doutrina destacar que o modelo adotado estaria mais próximo do paradigma alemão do que daquele inicialmente idealizado no sistema francês, de feição subjetiva. A este respeito, uma vez mais, CORDEIRO, António Menezes. **Do abuso de direito...**, cit., s.p., especialmente notas 49 e 50.

¹⁰⁶³ Como ocorre em Portugal e no Brasil, por força, aliás, da expressa letra dos antes citados artigos 334 e 187, também na Itália a boa-fé se apresenta como parâmetro a ser observado na verificação da abusividade do direito; a jurisprudência assim tem largamente reconhecido, conforme, inclusive, já decidiu a Suprema Corte (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Unite. Sentenza n. 26724, di 19 dec. 2007. In *Il Corriere Giuridico*, Milano, fasc. 02, 2008, p. 223). Sobre a viva interação entre boa-fé e abuso do direito que, diante da omissão do Código Civil italiano, tem sido o caminho preponderantemente seguido pela jurisprudência para a fundamentação dogmática do instituto, ver BONANZINGA, Rosa Thea. **Abuso del diritto...**, cit., pp. 26-27. Para uma crítica da doutrina quanto a esta associação, sob o argumento de que os conceitos não podem ser tidos como coincidentes, ver PIRAINO, Fabrizio. **Il divieto di abuso del diritto**. Europa e Diritto Privato, Milano, fasc. 01, 2013, pp. 75 e ss., especialmente notas 105 e 106; igualmente, NIGRO, Casimiro A. **Brevi note in tema di abuso del diritto** (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede). *Giustizia Civile*, Milano, fasc. 11, 2010, p. 2547B, em especial as notas 54 e seguintes. Sobre o tema e sem prejuízo da crítica, é de se reconhecer que a invocação da boa-fé apresenta-se como marca de uma incontestável influência da tradição germânica do instituto nas ordens jurídicas sob comparação.

¹⁰⁶⁴ Assim, BONANZINGA, Rosa Thea. **Abuso del diritto...**, cit., p. 02. A problemática decorre do fato de que, pela ausência de um dispositivo exposto a respeito, a valoração será sempre *a posteriori*. A omissão acerca da temática, contudo, não é absoluta, merecendo referencia, neste particular, o artigo 833 do *Codice*, que proíbe os atos emulativos em matéria de direito de propriedade; o referido preceito tende a receber interpretação expansiva, quanto mais porque o direito de propriedade, na longa

A figura, todavia, de modo convergente no âmbito comparativo ora proposto, está associada à utilização alterada do direito titulado pelo agente que reconduz à obtenção de objetivos diversos daqueles originalmente idealizados pela norma quando da concessão da tutela jurídica respectiva¹⁰⁶⁵; daí porque vem usualmente delimitada como o “uso objetivamente anormal do direito”, pois em contrastante com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico¹⁰⁶⁶.

Desta forma, o abuso de direito constitui um princípio geral norteador de todo o sistema jurídico¹⁰⁶⁷, representando um dos possíveis critérios de materialização do dano ressarcível, que tem aplicação não apenas na esfera contratual, mas também fora dela, para atingir relações entre indivíduos não ligados por vínculos negociais¹⁰⁶⁸. E não obstante seja o remédio ressarcitório o mais tradicional e de espectro mais

tradição patrimonialista do direito civil, sempre representou o protótipo de toda e qualquer situação jurídica tutelada. O outro dispositivo costumeiramente invocado a fundamentar a aplicação do abuso de direito no sistema italiano é a regra geral de conduta materializada na boa-fé objetiva e nos deveres de *correttezza* dela decorrentes. Sobre o tema, D'ANTONIO, Virgilio. **Il danno ingiusto**, cit., pp. 114-116, inclusive nota 86, com menção a decisões da Corte de Cassação sobre o tema. A jurisprudência italiana tem especialmente lançado mão do princípio da boa-fé objetiva para justificar o reconhecimento do abuso, consoante, aliás, consta expressamente nos preceitos existentes nos Códigos Civis português e brasileiro; neste sentido, dentre outros: ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione III. Sentenza n. 20106, di 18 set. 2009. *In Persona e Mercato* (a cura di Giuseppe Vettori), Firenze, 25 set. 2009. Disponível em: <<http://www.personaemercato.it/2009/09/cass-20106-del-2009/>>. Acesso em: 15. jun. 2016. Respeitada a crítica antes referida, com a qual não se concorda, a invocação deve ser louvada, pois não apenas dá uma feição objetiva ao instituto, como também serve de importante marco delimitador (não obstante não seja o único) da sua aplicação.

¹⁰⁶⁵ Em outras palavras, por meio do exercício anormal da posição jurídica resta alterada a função objetiva do ato em relação ao atributo que dele provém. Nestes termos, D'ANTONIO, Virgilio. **Il danno ingiusto**, cit., p. 115. Nas exatas palavras de CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má fé...**, p. 172, “[o] abuso de direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jurídico-subjetivos por, embora consentâneos com normas jurídicas permissivas concretamente em causa, não confluírem no sistema que estas se integrem”.

¹⁰⁶⁶ ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Unite. Senteza n. 3040, di 15 nov. 1960. *In Massimario della Giurisprudenza Italiana*, Torino, a. 29, n. 12, 1960, p. 788. Daí porque a doutrina tende a posicionar-se no sentido de que o objeto do instituto é, justamente, garantir o exercício normal dos direitos, em consonância com os princípios gerais e os valores fundantes do ordenamento; assim, BONANZINGA, Rosa Thea. **Abuso del diritto...**, cit., p. 03.

¹⁰⁶⁷ É sempre viva a preocupação, diante da necessidade de que o exercício do direito em causa seja valorado *a posteriori*, com os limites do emprego do instituto. Sobre o tema, advertindo para a necessidade de se atentar para o “abuso do abuso”, ver NIGRO, Casimiro A. **Brevi note...**, cit., p. 2547B, nota 20.

¹⁰⁶⁸ D'ANTONIO, Virgilio. **Il danno ingiusto**, cit., p. 117. Cumpre aqui assinalar que, nesta linha, é possível identificar duas áreas de ação: uma primeira que, ao instituir uma nítida regra de validade, opera no âmbito contratual e implica na nulidade do acordo quando do exercício anormal do direito; uma segunda que, representando em uma regra geral de comportamento que se aplica inclusive às relações extranegociais, encontra na tutela ressarcitória a sua consequência para o caso de abuso. Assim, BONANZINGA, Rosa Thea. **Abuso del diritto...**, cit., pp. 26-27.

alargado – bem como aquele que vivamente importa à investigação em curso –, é de se registrar que a sua verificação¹⁰⁶⁹ não é por si só suficiente ao surgimento da obrigação indenizatória, sendo imprescindível a concorrência dos demais elementos inerentes ao juízo de imputação civil¹⁰⁷⁰.

E especialmente quanto a estes elementos, a doutrina tende a convergir no sentido de que não é necessária a demonstração de um agir doloso, bastando apenas uma objetiva incorreção no exercício em decorrência de um uso não funcional¹⁰⁷¹, que assume especial relevância em razão da valoração dos interesses do lesante e do lesado contrapostos¹⁰⁷².

Exatamente por isso, e à vista da irrelevância de uma valoração subjetiva quanto à ação abusiva apta a causar danos, deve-se reconhecer a existência – mesmo com toda a conflituosidade que isso represente – de um nítido regime de responsabilidade objetiva fundado na ilicitude que se materializa no abuso.

¹⁰⁶⁹ Os elementos da *fattispecie* do abuso de direito podem ser assim sistematizados: a) titularidade de um direito; b) possibilidade de exercício deste direito a partir de mais de um esquema modal; c) verificação de um exercício concreto conforme a forma estabelecida pela lei, mas não consoante um critério outro de valoração, que pode ser mesmo extrajurídico; d) subsistência de uma desproporção apreciável, porém não justificável, entre o benefício retirado do exercício e o interesse de terceiro lesado. Ve-se, assim, não haver espaço à verificação do dolo enquanto elemento essencial (não obstante possa ser acidental). Fala-se, por isso mesmo, na substituição do elemento subjetivo da intenção de lesar pelo elemento objetivo da falta de utilidade do ato para o titular. Sobre o tema, NIGRO, Casimiro A. **Brevi note...**, cit., p. 2547B.

¹⁰⁷⁰ Neste aspecto, fica bem clara a diferença entre ilicitude pelo abuso e responsabilidade civil, sendo aquela um dos elementos da *fattispecie* que conduz a um dever de reparação. Ou seja, a caracterização do abuso de direito somente induzirá em responsabilidade civil quando este estiver associado ao dano e ao nexo de causalidade, os quais devem ser concorrentes. Sobre o tema, BONANZINGA, Rosa Thea. **Abuso del diritto...**, cit., p. 21. Exatamente por esta razão é que, como se terá oportunidade de declinar, o dispositivo que trata da matéria no Código Civil brasileiro comete uma imperfeição do ponto de vista da técnica, pois associa de modo estanque os conceitos de abuso de direito e de ato ilícito quando, na verdade, aparente que desejava falar de ilicitude.

¹⁰⁷¹ Sobre o tema, NAVARRETTA, Emanuela. **Il danno ingiusto**, cit., p. 262. Para a autora, com o que se concorda, o dolo não é elemento que realiza o abuso (tanto que tem presença acidental na *fattispecie*), pois este decorre não da intenção do agente, mas da objetiva incorreção da sua conduta quando do exercício de uma posição jurídica. No mesmo norte, afirmando a natureza puramente objetiva do uso de direito, CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má fé...**, cit., p. 168.

¹⁰⁷² Dentre os pressupostos da *fattispecie* do abuso para fins de verificação da conveniência de uma obrigação reparatória deve ser ponderado com especial atenção o confronto entre o benefício obtido pelo titular do direito cujo exercício se pretende abusivo e o sacrifício inútil imposto ao *alter* que, em razão disso, torna-se a parte dita lesada. Por isso é que o dano decorrente deste juízo de valor assume um caráter objetivo, bastando apenas a efetiva verificação do prejuízo, independentemente de uma eventual intenção de lesar. Sobre o tema, NIGRO, Casimiro A. **Brevi note...**, cit., p. 2547B, especialmente nota 27.

Isso fica bastante claro quando se toma por referência o preceito contido no vigente Código Civil brasileiro que, pela forma como redigido, bem representa a síntese da problemática ora posta por meio da existência de uma nítida hipótese de responsabilidade civil objetiva fundada na existência de ilicitude. Ou seja, por meio do preceito contido no artigo 187 já citado, introduziu-se regra que, ao prever hipótese de ilicitude por abuso de direito, dispensa o requisito da culpa para fins de imposição de dever de indenizar (isso quando combinado aquele preceito com o artigo 927 do mesmo Código)¹⁰⁷³.

A forma como se processa a imputação de danos a partir do abuso de direito é inegavelmente excepcional sob o ponto de vista da gestão dos interesses postos no vigente sistema de responsabilidade civil. Isso porque não obstante objetiva, nela se encontra subjacente uma ideia de sanção ao ilícito que decorre do abuso¹⁰⁷⁴, sanção esta que não está atrelada à culpa ou a qualquer outro pressuposto de matriz subjetiva, mas propriamente ao exercício anormal de um direito no qual o papel da vontade do agente é irrelevante.

Daí porque ser imprescindível repensar a forma como a conduta e os pressupostos a ela inerentes atuam em um regime geral de responsabilidade civil objetiva, pois ao passo em que, *a priori*, podem ser tidos como irrelevantes, trazem em si nuances que não podem ser completamente desconsideradas no funcionamento perfeito de um autêntico sistema.

3. O papel da conduta em um regime geral de responsabilidade objetiva

A análise dos pressupostos aqui ditos subjetivos, pois associados precipuamente à conduta do agente causador do dano, desperta alguns

¹⁰⁷³ Sobre a responsabilidade sem culpa decorrente da ilicitude por abuso de direito, ver MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso...**, cit., especialmente as pp. 12 e ss.

¹⁰⁷⁴ BUSSANI, Mauro. **La responsabilità civile al tempo della crisi**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, v. 69, fasc. 2, giu. 2015, p. 572.

questionamentos que devem ser superados para fins de viabilizar a estruturação de um regime geral de imputação objetiva. Isso porque não obstante apresentem-se *prima facie* irrelevantes, contêm ínsitos em si valorações de grande utilidade na seleção dos danos que se mostram dignos de uma tutela aquiliana diferenciada e que, por isso, não podem ser suprimidos simplesmente.

Daí porque a primeira premissa a ser demarcada diz respeito à relevância jurídica da situação de partida sobre a qual será estruturado um regime geral de responsabilidade objetiva, com especial ponderação sobre o critério em que se baseia a imputação: se a partir do fato danoso (ilícito ou não) ou do dano em si¹⁰⁷⁵.

Esta discussão, aliás, no atual estágio da dogmática da responsabilidade civil, transcende mesmo as situações atinentes a um regime de imputação objetiva para abranger o instituto em si, devendo considerar-se, para tanto, que o ilícito não é fonte exclusiva da possibilidade da transferência de danos para pessoa diversa daquela que o sofreu¹⁰⁷⁶. E tal decorre do reconhecimento de uma necessidade de ampliação da tutela aquiliana cuja suficiência não se esgota na proteção dos interesses de natureza patrimonial tutelado pelo regime – hoje percebido como estreito – dos direitos subjetivos propriamente ditos.

Neste particular, é de se assinalar que as soluções jurídicas ao problema posto – necessidade de ampliação do âmbito protetivo da responsabilidade civil extracontratual – aparentam-se semelhantes nos sistemas sob comparação, não obstante trilhem caminhos diversos, convertendo o instituto em nítido instrumento que, por intermédio do reconhecimento de relevância jurídica a uma série de bens e de interesses, confere-lhes tutela por meio do ressarcimento em caso de lesão apta a comprometer as utilidades que deles decorrem¹⁰⁷⁷.

Daí que a primeira conclusão que emerge destas constatações é no sentido de que uma tendência aflitiva enquanto reprovação da conduta deve, de qualquer sorte, considerar-se incompatível com a hodierna disciplina da responsabilidade civil, isso em razão de o cerne do instituto não mais poder estar centrado na conduta do

¹⁰⁷⁵ RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1967, ristampa, p. 47.

¹⁰⁷⁶ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., p. 52.

¹⁰⁷⁷ BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**, cit., p. 18

agente e, por conseguinte, da imputação enquanto sanção por um ilícito¹⁰⁷⁸. E ainda de modo mais vivo quando se tem em conta um regime geral de responsabilidade civil objetiva, conforme proposta que aqui se está a desenvolver.

Não há dúvidas sobre a existência de uma concepção subjetivista que se apresenta enquanto dogma constitucional da responsabilidade penal, no sentido de exigir a pessoalidade e a consciência do agir do agente, tal qual vigeu por várias décadas em matéria civil. Todavia, a atual noção de responsabilidade civil – essencialmente a partir do amplo reconhecimento da possibilidade de imputação objetiva – permitiu ao dano assumir a função de epicentro da disciplina, quanto mais porque uma conduta humana bem delimitada e atribuível a um agente certo e conhecido sequer pode ser individualizada na totalidade dos casos¹⁰⁷⁹.

Com isso, fala-se propriamente no reordenamento e na reelaboração, a partir de uma base sistemática, da disciplina da responsabilidade civil extracontratual, o que somente se apresenta possível a partir da superação de uma aceção tradicional e orgânica da matéria¹⁰⁸⁰. Nesta linha, conceitos tradicionais e até então imprescindíveis como “culpa”, “imputabilidade”, “ilícito”, “antijuridicidade” e “abuso” passam a ser submetidos a uma revisão estrutural (quanto ao seu papel no juízo de imputação) e de conteúdo (quanto aos seus limites e contornos) para fins de compatibilizá-los às novas necessidades.

Todo este processo se dá tendo o dano como ponto de partida – e não mais a conduta lesiva – o que permite uma mudança de perspectiva relativamente à responsabilidade como um todo¹⁰⁸¹. E bem caracteriza este fenómeno o abandono da sua ligação ao ideário sintetizado na resposta sancionatória ao ato ilícito que vem substituído pela ideia de gestão da reparabilidade dos prejuízos não consentidos¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 54-55.

¹⁰⁷⁹ Está no centro deste fenómeno um inegável processo de despersonalização da ação danosa, que decorre da insuficiência da ideia de um indivíduo enquanto único centro de imputação; sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 276.

¹⁰⁸⁰ BONVICINI, Eugenio. **La responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1971, t. I, p. 09.

¹⁰⁸¹ CASTRONOVO, Carlo. **La responsabilità civile**, cit., p. 237.

¹⁰⁸² Toda esta mutação de paradigma parece estar sendo bem percebida pela jurisprudência italiana, até mesmo em decorrência da sua rica vivência na concretização do conceito de dano injusto. Tem-se, assim, manifestado por diversas vezes no sentido do reconhecimento de quão obsoleta e ineficiente pode apresentar-se a manutenção de reminiscências penais no instituto da responsabilidade civil

O surgimento do dever de indenizar a partir de uma visão dita clássica pode ser sintetizado na figura do ato ilícito que, partindo, assim, de pressupostos ou elementos essenciais representados pelo dano, pela sua contrariedade ao direito, pela culpabilidade da conduta do lesante e pela relação de causalidade entre esta e o resultado danoso¹⁰⁸³. A compatibilização entre esta técnica de subsunção pura e a realidade subjacente a um regime geral de responsabilidade objetiva é que se apresenta enquanto tarefa a ser executada.

Daí porque apenas a partir de uma recontextualização é que a sua aplicação se torna viável, ao menos tendo em conta o ponto de partida dogmático inegavelmente relacionado às ideias de delito e de sanção. Tais esforços permitem atingir um grau de reassentamento orgânico da disciplina da responsabilidade por danos (para marcar a sua dissociação da responsabilidade por condutas), sem prejuízo de que o ponto de partida seja uma realidade dogmática preexistente, a partir da qual se poderá desenvolver um trabalho inovativo nas situações em que tal se fizer necessário. Com isso se pretende afirmar que não se trata de uma ruptura baseada no

(mesmo no sistema geral do artigo 2.043). Daí porque a sua tendência em reconhecer que a centralidade do dano é não apenas premissa, mas primeira responsável pela revisão do alcance e da utilidade de uma série de conceitos oriundos do direito penal que, a partir de um novo paradigma, tendem a alterar o seu conteúdo ou a serem reconhecidos como inservíveis a um juízo de imputação de danos, assim entendido enquanto atribuição de responsabilidade reparatória. Neste específico particular, merecem destaque algumas decisões proferidas pela Corte de Cassação italiana, as quais têm sido lapidares no reconhecimento da superação do modelo punitivo enquanto uma resposta à conduta (ato ilícito) e, por conseguinte, da assunção pelo dano da condição de epicentro da imputação civil. Afirma-se, para tanto, que “nelle concezioni moderne della responsabilità civile la struttura della responsabilità aquiliana va costruita intorno al danno ingiusto anziché al fatto illecito, il che in effetti significa che ai fini della sanzione penale si imputa al reo in fatto-reato, ai fini della responsabilità civile si imputa il danno e non il fatto in quanto tale. E tuttavia un ‘fatto’ è pur sempre necessario perché la responsabilità sorga, giacché l’imputazione del danno presuppone l’esistenza di una delle fattispecie normative di cui all’art. 2043 c.c. e ss., le quali tutte si risolvono nella descrizione di un nesso che leghi storicamente un evento o ad una condotta o a fatti di altra natura che si trovino in una particolare relazione con il soggetto chiamato a rispondere” (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Unite. Sentenza n. 584, di 11 gen. 2008. *In Il Foro Italiano*, Roma, fasc. I, 2008, p. 458). No mesmo sentido, reconhece-se que “[l]a responsabilità civile orbita intorno alla figura del danneggiato, mentre quella penale intorno alla figura dell’autore del reato (...). In ogni caso una responsabilità è pur sempre necessario, se non si vuole trasformare la responsabilità civile in un’assicurazione contro i danni, peraltro in assenza di premio (...). Il problema si sposta sul criterio di imputazione e sulle figure (tipiche) di responsabilità oggettiva, in cui è esatto che tale criterio di imputazione è segnato spesso da un’allocazione del costo del danno a carico di un soggetto che non necessariamente è autore di una condotta colpevole” (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Unite. Sentenza n. 581, di 11.01.2008. *In Il Foro Italiano*, Roma, fasc. I, 2008, p. 453).

¹⁰⁸³ BUSSANI, Mauro; INFANTINO, Marta. **La Corte costituzionale, l’illecito ed il governo della colpa**. In: BUSSANI, Mauro (a cura di). *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 03.

frívolo gosto pela desconstrução, mas um repensamento diante de uma inegável mudança de fisionomia do instituto, que deixa de estar centrado na conduta do agente para se balizar pelo dano sofrido pelo lesado¹⁰⁸⁴.

Nesta linha, a já aludida perda de centralidade por parte do fato danoso é que acarreta a incompatibilidade entre a responsabilidade civil e uma feição preponderantemente sancionatória – sem prejuízo de que, eventualmente, possa assumi-la com vistas a promover a correção de imperfeições do sistema¹⁰⁸⁵ – que até então se materializava por meio da indenização enquanto resposta a um ato culposo imputável ao lesante.

E a responsabilidade civil objetiva, no momento em que se alicerça sobre o dano juridicamente relevante ou, sob outro ângulo, que pretende dar uma resposta efetiva ao ofendido (e não ao ofensor)¹⁰⁸⁶, deve assentar-se sobre pressupostos que tenham uma matriz objetiva e que estejam a ele relacionados, rompendo, assim, com a tradição da observância daqueles que se relacionarem exclusivamente à conduta, com a imputabilidade e a ilicitude.

Esta mudança de epicentro dá-se, consoante aludido precedentemente, não a partir da consagração de um princípio amplo de *neminem laedere*; representa, ao contrário, um contraponto ponderado entre um autêntico regime de imputação delitual e aqueles baseados na pura causalidade. A tarefa para tanto estará na estruturação de um elemento normativo que faça as vezes de filtro dos danos que se mostram dignos de reparação, substituindo o vácuo deixado pela culpa e pela ilicitude, em especial a partir das suas vertentes mais recentes, já deveras objetivadas.

Devem ser observadas, neste particular, as facetas destes pressupostos que, sem prejuízo de extirpados, trazem em si alguma relevância – tal qual sucede com

¹⁰⁸⁴ BONVICINI, Eugenio. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1971, t. I, pp. 09-10.

¹⁰⁸⁵ Sobre este tema, que é reflexo, mas relevante ao debate que ora se apresenta, pede-se vênia, sem prejuízo da farta bibliografia existente a respeito, para reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Há espaço para uma função punitiva da responsabilidade civil extracontratual?** Um contributo da análise econômica do direito. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da. Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches. Coimbra: Coimbra, 2011, v. 2, pp. 269 e ss.

¹⁰⁸⁶ Fala-se, por isso, em uma prospecção vitimológica associada não à estigmatização de condutas culpáveis, mas à verificação, a partir de um juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, de sobre qual sujeito se apresenta mais adequado transferir o peso econômico do dano. Assim, CARINGELLA, Francesco. *Studi di Diritto Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 10.

as causas de justificação, por exemplo – cumprindo estruturar uma construção dogmática que permita incorporá-las aos demais que serão exigidos como condicionantes ao nascimento da obrigação reparatória, dentre eles o dano em sentido jurídico e o nexo de causalidade, que assumirão inegável posição central no juízo de imputação.

Em suma, é viável por ora concluir que, num pretense regime geral de imputação objetiva, no qual o dano assume posição central quando comparado àquele de matriz subjetiva (onde a valoração da conduta lesiva ainda goza de certo prestígio, permitindo atribuir relevância aos pressupostos a ela relacionados), a alternativa parece estar na absorção de parcela da função de filtro dos prejuízos dignos de tutela aquiliana – até então desenvolvida pela culpa e pela ilicitude por meio dos seus juízos de censura e desconformidade – por pressuposto outro que lhe seja compatível. E a consecução deste fim, conforme adiantado, dar-se-á por meio da reelaboração dos pressupostos ditos objetivos, como se passa a seguir.

§ 2º OS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

Apreciados os pressupostos que, partindo de uma aceção dita clássica da responsabilidade civil, tendem a vir associados à conduta, o que permitiu, a partir do seu cotejo e do exame da sua compatibilidade com uma pretensa teoria geral da imputação objetiva, aferir o papel ocupado pela ação ou omissão lesivas que se colocam como objeto do juízo de imputação, cumpre examinar aqueles que se encontram diretamente ligados ao prejuízo em si.

E, partindo de uma linha sistemática de reconstrução teórica, podem ser elencados aqueles pressupostos assim entendidos como elementos objetivos da *fattispecie*, no caso, o dano juridicamente relevante e o nexo causal¹⁰⁸⁷.

Por isso tudo é que a simples transposição dos preceitos penalísticos, a permitir conceber-se a responsabilidade civil enquanto uma resposta ao ato tido por ilícito ou antijurídico, é não apenas responsável pela insuficiência do recurso aos preceitos de ordem subjetiva, mas igualmente insatisfatória. Afigura-se, portanto, inadequada a atender aos anseios atualmente esperados da disciplina, quais sejam, a reparação e a prevenção de danos¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ Assim, CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità civile europea**. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 4, 2008, pp. 787-788. Com sistematização semelhante, CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil...**, cit., p. 423, fala em dois planos de verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: um primeiro, de natureza fática, assim dito em razão de ser perceptível pelos sentidos e análogo ao aqui denominado objetivo, e um segundo, de natureza jurídica, pois relacionado ao agente e às consequências normativas da sua conduta. A problemática desta proposta ao plano de estudos em curso está no fato de que, contrariamente ao que se poderia supor a partir de uma linha teórica mais tradicional (*rectius*, mais conectada com a imputação idealizada a partir do ato ilícito), os elementos ora denominados objetivos não possuem mais uma natureza preponderantemente fática, porquanto deveras juridicizados a partir na concepção de responsabilidade civil que serve de marco teórico à teoria que se busca sistematizar. Por isso a opção pelo uso da dicotomia pressupostos subjetivos *versus* pressupostos objetivos.

¹⁰⁸⁸ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 56-57. No que tange às funções da responsabilidade civil, consoante, aliás, mencionado precedentemente, já se teve oportunidade de defender a accidentalidade do intento punitivo, que deve fazer as vezes de fator de correção de eventuais imperfeições do sistema quando acarretem na sua ineficiência, não se constituindo, por isso, em missão precípua da disciplina, tal qual sucede com as responsabilidades penal e administrativa, por exemplo. Já no que guarda à função preventiva, consoante delineado quando do estudo dos fundamentos da responsabilidade civil,

1 O dano

Consoante já referido em momento anterior, é largamente corrente a afirmação no sentido de que o dano é o pressuposto central da responsabilidade civil, pois a sua ausência, em qualquer dos regimes vigentes, afasta a viabilidade da imputação civil. Não obstante seja uma afirmação que encerra certo consenso, não é de se desconsiderar que, em uma disciplina sempre propícia a debates e divergências, até mesmo questões centrais e aparentemente incontroversas parecem ser sempre postas a prova¹⁰⁸⁹.

Neste cenário, apresentam-se no mínimo paradoxais os influxos da responsabilidade civil que, ao passo em que se volta ao dano e à sua reparação por meio do reforço dos regimes de imputação objetiva, abre-se igualmente a possibilidades que suscitem acalorado debate, pois tendentes a reconduzir-lá a uma especial valoração da figura do lesante, por meio de um “direito das condutas lesivas” em contraponto a um “direito de danos”, debate este que perpassa a sempre viva discussão acerca das funções do instituto¹⁰⁹⁰.

aparenta-se mais genuinamente conectada com a responsabilidade por culpa do que com aquela de caráter objetivo, já que, nesta, a prova pelo agente da adoção de medidas eficazes para evitar o evento não basta a elidir o seu dever de reparação. Sobre o tema, além do já tratado, consinta-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano Moral Coletivo**. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão a interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 178; igualmente, TEIXEIRA NETO, Felipe. **Há espaço para uma função punitiva...**, cit., pp. 269 e ss.

¹⁰⁸⁹ Para um debate sobre a possibilidade de responsabilidade civil sem dano, ver CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem Dano**. Uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. Com uma visão crítica acerca da proposta, ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, a. 3, v. 6, pp. 89-103, jan/mar. 2016.

¹⁰⁹⁰ Sobre o tema, LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade Civil**. De um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 217 e ss. Alude-se à existência de um paradoxo, porque justamente a ablação de toda e qualquer reminiscência sancionatória, consoante largamente defendido precedentemente, parece negada por meio de pretensões que não apenas tratem de funções dissuasórias ou mesmo punitivas, mas venham mesmo a propor uma responsabilidade civil centrada da conduta lesiva, num nítido regresso às premissas que ensejaram a sistematização oitocentista e que restaram por ser depuradas ao longo do século XX. Ao que parece, o problema reside em se exigir da responsabilidade civil mais do que talvez ela tenha condições de dar sem ser desvirtuada por completo; daí que não obstante os objetivos que se pretendem alcançar sejam relevantes, nutrem-se reais dúvidas sobre a conveniência de relegá-los à responsabilidade civil e não a regimes jurídicos outros (como os de direito administrativo, v.g., para não falar no direito penal) que, na sua essência, têm por finalidade a

Ocorre que, em matéria de demarcação do campo operativo da responsabilidade civil, parece gozar ainda de algum consenso o fato de que a identificação, dentre os diversos prejuízos inerentes à vida em sociedade, é a sua missão precípua para, a partir disso, determinar quais darão ensejo a uma obrigação indenizatória¹⁰⁹¹. E não seria diferente no cenário de uma teoria geral da imputação objetiva.

1.1 A construção da noção jurídica de dano

Tendo em conta as ressalvas referidas no preâmbulo e com o cuidado de não encerrar discussões que, neste momento, seriam descontextualizadas (para dizer o mínimo), é de se assinalar, ao menos a partir do corte cognitivo que pauta a investigação em curso, não existirem dúvidas de que o dano é não apenas importante, mas mesmo essencial à existência de um regime geral de responsabilidade objetiva. Tal leva em conta não apenas o intento reparatório perseguido pelo instituto, como também justifica a já tratada irrelevância (na sua feição tradicional) dos elementos subjetivos da *fattispecie*, sem prejuízo de funções outras que possam ser atribuídas à imputação.

Resta, por isso, num cenário de tentativa de estruturação de um regime unitário, demarcar no que consiste o dano dito imprescindível ao juízo de

resposta (sancionatória) ao ilícito ou mesmo a prevenção geral em si, que no campo da imputação de danos tenderiam a assumir relevância apenas reflexa.

¹⁰⁹¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. Istituti. Edizione italiana a cura di Adolfo di Majo e Antonio Gambaro. Milano: Giuffrè, 1995, v. II, p. 316. A este respeito, refere TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di Diritto Privato**. 18ed. Milano: Giuffrè, 2009, p. 109, que nem todos os danos são vedados, pois, por vezes, o desenvolvimento de uma série de atividades implica na causação de prejuízos a terceiros, prejuízos estes que poderão ou não constituir fonte de uma obrigação indenizatória. Esta demarcação do alcance do instituto da responsabilidade civil é que, na atualidade, vem atrelada ao conteúdo do conceito de dano juridicamente relevante, ou seja, aquele que efetivamente importa em matéria de imputação civil. Com igual opinião, dentre outros, MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral à brasileira**, cit., p. 7074, ao afirmar que os filtros de seleção da reparabilidade são imprescindíveis, pois a extensão dos bens jurídicos é demasiado alargada para que todo e qualquer prejuízo a eles causados possa ensejar uma reparação. Na mesma linha, MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos...**, cit., p. 175.

imputação¹⁰⁹² e quais são os seus contornos atuais, com uma posterior compatibilização destas conclusões no campo da responsabilidade objetiva enquanto instituto, sempre tendo em conta a diversidade de modelos e a sua conexão com os demais pressupostos ao surgimento do vínculo obrigacional em causa.

1.1.1 *O dano em sentido naturalístico*

Na tradição continental sistematizada a partir da codificação oitocentista, a par de os Códigos Civis, de regra, não definirem de modo direto no que consiste dano¹⁰⁹³, segue-se a tendência da demarcação de um conceito unitário para o instituto. Tem-se nesta constatação dois pontos de significativa relevância que, aparentemente, poderiam parecer contraditórios entre si: o primeiro deles é a tendencial omissão legislativa na delimitação do conceito em causa, relegando tal missão à doutrina e à jurisprudência; o segundo, a unicidade do conteúdo atribuído ao pressuposto central da responsabilidade civil que, por isso mesmo, deve ter amplitude suficiente a abranger todas as situações submetidas a um juízo de imputação¹⁰⁹⁴.

A estruturação inicial da responsabilidade civil (e do direito das obrigações como um todo) a partir do dogma da vontade, nos termos do qual em sendo livre para agir, o sujeito deve responder pelos seus atos, implicou em uma redução da noção de dano, que seguiu a tendência de ser considerado, na gestão do dever de indenizar,

¹⁰⁹² Para se alcançar êxito neste propósito, não se pode deixar de ter no horizonte que por vezes são vacilantes os limites dogmáticos do interesse indenizável, nomeadamente tendo por perspectiva o amplo reconhecimento dos danos de natureza extrapatrimonial. Sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral à brasileira**, cit., p. 7075.

¹⁰⁹³ Exceção à regra é o Código Civil austríaco que, no seu artigo 1293, estabelece que “[o] dano é todo o prejuízo que alguém sofre em seu patrimônio, nos seus direitos ou na sua pessoa”. Sobre o tema, SILVA, Clóvis do Couto e. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 80, n. 667, pp. 07-16, mai. 1991, p. 07.

¹⁰⁹⁴ A contradição decorreria justamente do fato de, em inexistindo uma definição legal para o instituto, a construção casuística dos seus termos pudesse, em tese, implicar em uma ausência de unicidade acerca da noção de dano, que poderia ser tão variada quanto fossem as situações em que delimitados os seus termos. Tal é o que ocorre, aliás, no universo jurídico dos países de *common law*, onde, sem prejuízo de alguns elementos comuns, pode-se encontrar mais de uma aceção para a noção de *dammage*. Sobre o tema, ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**. Roma-Bari: Laterza, 2003, p. 15.

enquanto mero apêndice do comportamento¹⁰⁹⁵. Isso porque todo o desenvolvimento da disciplina em causa, ao ser estruturado a partir do ato ilícito, vinha centrado nos pressupostos da culpa e da ilicitude enquanto juízos de desvalor/desconformidade elaborados a partir da conduta do agente – e não do dano sofrido pelo ofendido – que, em tal contexto, faziam as vezes de eficazes filtros demarcadores da ressarcibilidade.

É compreensível que, neste cenário, um conceito naturalístico de dano fosse suficiente a satisfazer as necessidades de uma estrutura dogmática não desenvolvida a partir da sua centralidade, bastando que o seu conteúdo reproduzisse, por isso mesmo, a supressão de uma vantagem materialmente perceptível¹⁰⁹⁶ que, em momento posterior, seria convertida em pecúnia para fins de estabelecimento do objeto da prestação obrigacional¹⁰⁹⁷. Daí mesmo porque a prevalência, em uma realidade baseada em tais premissas, da ideia reducionista de dano enquanto sinônimo de prejuízo exclusivamente patrimonial¹⁰⁹⁸.

A clássica representação deste pensamento veio bem sintetizada no conceito de dano erigido a partir da teoria da diferença (*Differenztheorie*), desenvolvida no seio da experiência alemã e vivamente acolhida nas mais diversas

¹⁰⁹⁵ ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., p. 13.

¹⁰⁹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 98. Tanto que, a partir desta noção, é usual encontrar-se na doutrina as designações *dano real* e *dano de cálculo*, aquela correspondente ao “prejuízo concreto” sofrido pelo lesado e, esta, à “expressão monetária do dano de cálculo”; Igualmente, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, cit., p. 595. A mesma classificação pode ser encontrada nas expressões dano em sentido real e dano em sentido patrimonial ou, ainda, dano real e dano em abstrato. Sobre o tema, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 598; LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 333; TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**, cit., p. 375. Ainda a respeito, oportuna é a observação de PINTO, Paulo da Mota. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo**. Coimbra: Coimbra, 2008, v. I, pp. 543-544, nota 1577, para quem não se deve confundir as noções de dano real e de dano de cálculo com as de dano normativo e dano natural ou fático, pois dotadas de alcance diverso.

¹⁰⁹⁷ Não obstante, na atualidade, dê-se grande relevância às formas de indenização *in natura*, é de se assinalar que, associada a um conceito naturalístico de dano, era predominante a ideia de reparação por meio da transformação do prejuízo (de regra, material) em perdas e danos; sobre o tema, SILVA, Clóvis do Couto e. **Dever de indenizar**. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 200. Tanto que, como observa MENDES, João de Castro. **O conceito jurídico de prejuízo**. *Jornal do Fôro*, Lisboa, 1953, separata, p. 05, a expressão dano foi largamente empregada como sinônimo de prejuízo ou mesmo de perdas e danos.

¹⁰⁹⁸ Neste sentido, ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de Obligaciones**. Atual. Heinrich Lehmann. Trad. Blás Pérez Gonzales e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1933, v. I, p. 61. No mesmo norte, afirmando que o conceito jurídico de dano se expressa por meio da ideia de “menoscabo sofrido por um patrimônio”, VON TUHR, Andreas. **Tratado de las Obligaciones**. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1934, t. I, p. 57. Para uma síntese evolutiva acerca da indenizabilidade para além do mero prejuízo patrimonial, permita-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano Moral Coletivo**, cit., pp. 116 e ss.

ordens jurídicas. Segundo a referida teoria, o objeto da reparação reside, como já indica a sua designação, na diferença verificada no patrimônio do lesado após o acontecimento do ato definível como fundamento de imputação, tendo-se como paradigma a sua situação em momento precedente¹⁰⁹⁹. Nesta linha, o dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil corresponde à diminuição patrimonial efetivamente sofrida pelo lesado em razão da *iniuria*¹¹⁰⁰.

E a justificativa para a suficiência desta noção reside no fato de que, como dito, toda a estrutura da imputação – enquanto fundamento jurídico de verificação do dano que, à luz da ordem vigente, enseja a transferência dos ônus correspondentes ao lesante – vinha alicerçada na conduta do sujeito dito responsável que, para tanto, deveria ser culpável e antijurídica. O surgimento do vínculo obrigacional vinha legitimado e, por isso, tão somente condicionado à valoração jurídica do ato enquanto ilícito, fazendo com que bastasse a conexão entre ele (e todo o seu conteúdo normativo) e o prejuízo materialmente verificável no patrimônio do lesado por meio de um nexo de causalidade (também precipuamente fático)¹¹⁰¹.

Nesta linha, o fato de a imputação estar centrada no ato ilícito e não na sua consequência, com inspiração nas regras de responsabilidade moral, permite o emprego de um conceito eminentemente naturalístico de dano que, desprovido de elementos normativos, mostra-se suficiente ao atendimento das necessidades correspondentes a tal estrutura de responsabilidade. Dito cenário tende a se alterar

¹⁰⁹⁹ Trata-se de uma ponderação entre as situações materialmente verificáveis em momentos precedente e subsequente à prática do ilícito, correspondendo o dano à diferença naturalisticamente encontrada. Sobre o tema, ver a síntese de BUSNELLI, Francesco Donato; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3ed. Torino: Giappichelli, 2013, p. 12. Também a este respeito, SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità...**, cit., p. 222; CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 12.

¹¹⁰⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità...**, cit., p. 219. Igualmente, assinalando a associação entre o conceito naturalístico de dano e a “diferença entre a situação patrimonial anterior e posterior à sua existência”, ver SILVA, Clóvis do Couto e. **O conceito de dano...**, cit., p. 08. Ainda, identificando o conceito de dano estruturado a partir da teoria da diferença com uma intrínseca avaliação concreta e, por isso mesmo, naturalística, ver COELHO, Francisco Manuel pereira. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1998, reimp., pp. 197-198. Com um sentido um pouco diverso sobre a teoria da diferença, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Reflexões sobre a obrigação de indemnização**. Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, a. 134, 2002, 01 fev. – 01 mar./2002, p. 297 (pp. 290-299), fala na sua utilidade enquanto critério de avaliação da indenização pecuniária e não propriamente como padrão de definição do dano em si.

¹¹⁰¹ A seleção dos danos passíveis de justificar um dever de reparar vinha estruturada por meio dos pressupostos da culpa e da ilicitude, os quais se concretizam a partir da conduta do lesado e não no prejuízo em si.

somente a partir do momento em que passa a preponderar uma análise objetiva do fenômeno como um todo, que por certo não se apresentava redutível a uma ação ou a uma omissão negligente, imperita ou imprudente e à diferença material dela decorrente¹¹⁰².

1.1.2 A juridicização do dano

Constatada a necessidade de uma mudança de paradigma, a qual se justifica na superação dos limites de uma responsabilidade de elevada feição moral, centrada na reprovação da conduta do agente e na insuficiência da ideia de diminuição material enquanto representação da sua expressão, tal se reflete em fenômeno que surge associado à juridicização do conceito de dano. Seu conteúdo, assim, passa a ser associado não à simples ideia de diminuição patrimonial, mas à violação de um interesse juridicamente protegido¹¹⁰³.

Para tanto, a noção jurídica de interesse¹¹⁰⁴ tende a demarcar a extensão do prejuízo reparável que, por isso, não mais se satisfaz com o conceito reducionista forjado à luz da teoria da diferença, mas exige que tal fato concreto venha acompanhado de uma valoração normativa que se concretiza na ideia de violação de uma posição jurídica protegida pelo ordenamento¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., p. 11.

¹¹⁰³ Assim, LEITÃO, Luis Manoel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**, cit., p. 512; ROCCA, Encarna. **Derecho de daños**. Textos y materiales. Sed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 183. A identidade entre as noções de dano e de lesão da esfera jurídica de outrem é corrente na doutrina hodierna, sendo mesmo indicada como elemento objetivo caracterizador de todas as *fattispecie* de responsabilidade, pelo que adquire relevância em matéria de imputação objetiva, mesmo que, para tanto, pressuponha algum desenvolvimento no que tange à gestão dos pressupostos. Assim, VISINTINI, Giovanna. **Cos'è la responsabilità civile**. 2ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 104.

¹¹⁰⁴ Conforme se recolhe em PINTO, Paulo da Mota. **Interesse contratual...**, cit., p. 528, a importância assumida pelo interesse na demarcação do objeto da responsabilidade civil permite mesmo falar-se em uma substituição da “teoria da diferença” pela “teoria do interesse”, já que este é, um última análise, o próprio objeto da proteção jurídica, exurgindo o dano quando constada a sua violação. Daí porque não ser infrequente a justaposição entre as noções de interesse e de dano, que vêm tratadas por muitos como sinônimos, com o que não se concorda, já que a violação do interesse é apenas um indício da existência de um prejuízo juridicamente relevante, sendo necessário, para além disso, a frustração de uma vantagem assegurada por este interesse.

¹¹⁰⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **O conceito de dano...**, cit., p. 08. Conforme esclarece o autor, à noção naturalística de dano, que se materializa pelas leis da física, agrega-se a noção jurídica que decorre de uma seleção de fração do fato social para o fim de transmutá-lo em fato jurídico. Fazendo alusão ao

Dita alteração paradigmática, ao passo em que juridiciza um conceito até então precipuamente naturalístico¹¹⁰⁶, agrega elemento de mobilidade ao sistema, deixando de se contentar com uma noção jurídica estanque, na medida em que não há variações quanto à constatação de uma diminuição patrimonial fisicamente perceptível¹¹⁰⁷. Por consequência, o conteúdo do dano tende a oscilar ao passo em que se alargam as situações subjetivas dignas de tutela, permitindo, com isso, a introjeção de uma escala crescente de valores atribuídos à consciência social, de modo a ampliar a proteção de situações de natureza existencial¹¹⁰⁸.

Deve-se aqui assinalar que os instrumentos para esta juridicização não são unitários, pois ela se pode operar não apenas por meio da adição de um elemento normativo que se agrega ao próprio conceito naturalístico de dano (como seria preferível), mas também por intermédio do recrudescimento da importância e da autonomia do pressuposto da ilicitude, assim compreendido (como já se teve oportunidade de tratar) enquanto contrariedade ao direito que, de igual sorte, se manifesta na violação de um interesse juridicamente protegido.

O problema desta duplicidade de caminhos para a vivência do fenômeno em causa está justamente no fato de que, por vezes, o processo de juridicização passa

mesmo fenômeno, ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., p. 04, fala em “integração entre realidade factual e formas jurídicas”. Ainda sobre o mesmo fenômeno, BONILINI, Giovanni. **Il danno non patrimoniale**. Milano: Giuffrè, 1983, p. 56, bem esclarece que a agregação da necessidade da violação de um interesse à modificação pejorativa que representa o dano em sentido lato é justamente a via pela qual se opera a seleção entre aqueles que serão ou não objeto de interesse ao direito.

¹¹⁰⁶ Para uma crítica ao uso das designações *dano naturalístico* e *dano normativo*, diante da alegada imprecisão do seu conteúdo, pois também a ideia de lesão a interesse em razão de um certo acontecimento pode ser entendida como de cunho naturalístico, ver PINTO, Paulo da Mota. **Interesse contratual...**, cit., p. 544. Sem prejuízo do reconhecimento de alguma verdade na observação, o seu uso foi mantido na presente sistematização, diante do caráter elucidativo do pensamento que se busca representar.

¹¹⁰⁷ Partilhando deste entendimento, MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Do inadimplemento das obrigações. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, pp. 169-170. Para tanto, afirma a autora que “[o] que indica a noção normativa de dano, acolhida pela Teoria do Interesse, é que se impõe a verificação – além da existência de dano no sentido naturalista – de haver ou não interesse legítimo violado. Daí ser o dano dimensionado em relação ao legítimo interesse daquele que sofreu o dano, interesse, contudo, estabelecido nos limites da imputação”.

¹¹⁰⁸ ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., p. 04. Esta mutação conceitual corporizada pela juridicização do conceito de dano apresenta-se de grande importância à viabilidade do reconhecimento dos danos de natureza extrapatrimonial e dos regimes de responsabilidade não baseados na culpa, pois, até então, um conceito meramente naturalístico aparentava-se suficiente à indenizabilidade dos danos patrimoniais e à legitimação dos regimes de natureza subjetiva (assim entendidos enquanto resposta ao ato ilícito).

a ser identificado como o próprio dano, o que é de certo modo reducionista. Tanto que não é infrequente encontrar-se na doutrina a afirmação de que dano é a lesão a interesse juridicamente protegido, o que pode induzir uma falsa identidade conceitual com o pressuposto da ilicitude.

A chave para a demarcação da importância autônoma dos pressupostos esta no reconhecimento do campo de operatividade de cada um, não obstante se tratem de consequências distintas de uma mesma ocorrência ou, em uma linguagem figurativa, dos dois reversos de uma mesma medalha. Enquanto a ilicitude é juízo de desconformidade que se projeta sobre o agir do lesante em razão da violação de interesse juridicamente protegido, o dano materializa-se na perda de uma utilidade protegida suportada pelo lesado em razão desta mesma violação.

Por isso mesmo é que se deve constatar a insuficiência da associação referida para fins de conceituar o prejuízo juridicamente relevante, sendo mais adequado considerá-la enquanto elemento que se agrega àquele de cunho então dito naturalístico para fins de o juridicizar. Em outras palavras, a lesão/violação de interesse juridicamente protegido não representa o conceito de dano em si, mas o instrumento por meio do qual a sua acepção naturalística – facilmente perceptível pelos sentidos – juridiciza-se e, por isso, passa a ter relevância jurídica¹¹⁰⁹.

Disso se pode deduzir que o conceito normativo de dano¹¹¹⁰ pressupõe um elemento factual materializado pela perda de uma utilidade propiciada por um bem objeto de proteção por parte do ordenamento¹¹¹¹, ao qual se alia um elemento

¹¹⁰⁹ A insuficiência da ideia de interesse lesado enquanto sinônimo de dano vem destacada, dentre outros, por FERRI, Giovanni B. **Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale**. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, Padova, a. 82, n. 1-4, parte prima, gen./abr. 1984, p. 152.

¹¹¹⁰ Em verdade, o conceito ora apresentado seria melhor dito como híbrido e não propriamente normativo, já que agrega elementos da sua acepção naturalística à presença de um elemento juridicante (por isso dito normativo). Para uma contundente crítica ao (genuíno) conceito normativo de dano, ver PINTO, Paulo da Mota. **Interesse contratual...**, cit., pp. 546-547. Daí porque se mostra preferível, como se passa a fazer a partir do item seguinte, o uso da expressão dano juridicamente relevante para aludir a uma noção que vai além da mera diferença naturalística entre o antes e o depois.

¹¹¹¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit. v. II, t. III, p. 527. Na mesma linha e com igual propriedade, SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indemnizar**. Lisboa: Tipografia Ramos, 1944, v. I, p. 123, fala em frustração dos fins que deixam de ser alcançados em razão da lesão ao bem jurídico correspondente. Na doutrina italiana é possível encontrar a alusão à ideia de “modificação pejorativa”; assim, BONILINI, Giovanni. **Il danno non patrimoniale**, cit., p. 41.

normativo representado pela ideia de lesão a interesse protegido, que se constitui, por isso, no seu fator juridicizante¹¹¹².

1.1.3 O dano juridicamente relevante

A partir da sistematização proposta, a doutrina comparatista costuma atentar, quando trata do alcance do conteúdo do conceito de dano, para a existência de dois modelos jurídicos especialmente relevantes, não obstante dotados de alguma diversidade: um primeiro, na linha do que sucede no direito francês ou nos sistemas da *common law*, no qual o ordenamento refere apenas a necessidade da existência de um dano – em sentido lato – para o surgimento do vínculo obrigacional; um segundo, tal qual se pode verificar dos sistemas jurídicos alemão e italiano, por exemplo, nos quais a ordem jurídica, já no preceito de regulação, traz um conceito qualificado de dano para fins de nascimento do dever de reparar, mesmo que os instrumentos de qualificação (*rectius*, juridicização) possam ser diferentes¹¹¹³.

Enquanto na primeira situação é possível identificar um conceito ainda aparentemente naturalístico de dano, o qual, em momento posterior, será juridicizado pela atuação de outros elementos, na segunda, a juridicização é prévia e já decorre da própria disposição legal (em maior ou menor extensão), sem prejuízo de que venha a ser preenchida no caso concreto por meio da demarcação do conteúdo dos conceitos jurídicos empregados¹¹¹⁴.

Não obstante o resultado prático atingido pelos sistemas possa até ser semelhante, sem prejuízo do maior ou menor caminho percorrido para se chegar num

¹¹¹² BUSNELLI, Francesco Donato; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**, cit., p. 09.

¹¹¹³ Atento a esta última realidade, a doutrina tende a diferenciar o que se denomina dano em sentido comum, para aludir a toda e qualquer modificação pejorativa evidenciada em um determinado âmbito de relação jurídica, de dano ressarcível, que passa a ser aquele com efeito relevante no plano jurídico e que, por isso, será naturalmente mais restrito. Sobre o tema, BONILINI, Giovanni. **Il danno non patrimoniale**, cit., pp. 40-44.

¹¹¹⁴ CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità...**, cit., pp. 788-790. A propósito, o autor refere o § 823 do BGB e o artigo 2.043 do *Codice Civile*, que tratam do dano enquanto decorrência da lesão de um direito ou de uma situação jurídica. Não obstante no sistema francês esta associação não seja desconhecida, operar-se-á a partir da concretização do conceito de *faute* e não propriamente de uma qualificação do dano em si (mesmo que a partir de uma valoração da conduta).

ponto aproximado de contato, uma construção dogmática baseada sobre o conceito qualificado de dano afigura-se bastante importante em um quadro geral de responsabilidade civil sem culpa. E isso especialmente em razão da falta de elementos outros que, num regime de imputação objetiva, poderiam fazer as vezes, pelos ditos caminhos diversos, de qualificadores da situação para fins de imputação civil (tal qual ocorre, no regime de imputação subjetiva, com a culpa, a ilicitude e a imputabilidade).

Contudo, para que se possa falar em ressarcimento, deverá ser aferida não a presença de um dano qualquer – assim entendido enquanto prejuízo não consentido que se projeta na esfera de terceiro – mas de um dano que seja juridicamente relevante, conceito sobre o qual, em última análise, vem fundada a responsabilidade civil como um todo¹¹¹⁵.

Justamente esta necessidade de unificação da responsabilidade civil por meio de um conceito unitário e qualificado de dano (assim entendido como aquele juridicamente relevante) pode ser bem sentida nas tendências europeias de uniformização do tema. Neste sentido, os *Principles of European Tort Law (PETLs)*¹¹¹⁶ e o *Draft Common Frame of Reference*¹¹¹⁷, elaborado pelo *Study Group on a European Civil Code*, ambos com referência textual à expressão “dano juridicamente relevante” (*legally relevant damage*) em conexão com a ideia de prejuízo decorrente da violação de um interesse merecedor de tutela (*a legally protected interest*)¹¹¹⁸.

No conceito de dano enquanto evento jurídico lesivo releva especialmente os perfis de imputação da responsabilidade, tanto em plano subjetivo

¹¹¹⁵ CASTRONOVO, Carlo. *Sentieri di responsabilità...*, cit., pp. 789-790.

¹¹¹⁶ Art. 2:101. Dano ressarcível. O dano consiste numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido. In: EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. **Principles of European Tort Law**. Wien: Springer, 2005, p. 25. Igualmente disponível em: <<http://www.egtl.org/PETLPortuguese.html>>; acesso em: 30 jan. 2020.

¹¹¹⁷ Especificamente no seu Art. 2:101, item (I), alínea (c), refere de maneira expressa, mesmo que alternativa, que “the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection”. Para uma abordagem mais aprofundada a respeito, ver VON BAR, Christian. **The Common European Law of Torts** (Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality and Defences). Oxford: Clarendon Press, 2000.

¹¹¹⁸ CASTRONOVO, Carlo. *Sentieri di responsabilità...*, cit., p. 791. Com uma aparente crítica à tendência, SILVA, Rafael Peteffi. **Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual**: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 18, 2019, pp. 169 e ss.

quanto objetivo¹¹¹⁹. Daí que, nesta linha, é usual na doutrina mais tradicional uma partição entre as noções de dano-evento, enquanto elemento integrado ao ato ilícito em si, e dano-consequência, enquanto resultado produzido na esfera da vítima, que passa a ter relevância jurídica sempre que evidenciada a sua origem na lesão de um interesse protegido¹¹²⁰.

E para que esta estruturação possa ser completa, a noção de dano deve ir além do seu sentido exclusivamente material, representado por uma diferença faticamente perceptível, sendo mais preciso considerar o seu elemento naturalístico enquanto a modificação negativa da realidade e não como a mera perda avaliável economicamente¹¹²¹.

Assim é que todos estes desdobramentos permitem a associação entre o dano juridicamente relevante e aquele representado pelo seu conceito juridicizado, não no senso puramente normativo identificado com a lesão de um interesse, mas num sentido complexo segundo o qual a perda de uma utilidade tutelada pelo direito, para ganhar relevância jurídica, precisa ser qualificada. Por isso a existência de lesão a uma situação jurídica não elimina/oblitera o dano enquanto perda, mas o insere no discurso jurídico, atribuindo-lhe relevo para fins de incidência da responsabilidade civil¹¹²².

¹¹¹⁹ AUTORINO, Gabriella. **La responsabilità aquiliana...**, cit., p. 08.

¹¹²⁰ BIANCA, C. Massimo. **Istituzioni di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2014, pp. 562-563. Igualmente assinalando esta bipartição, não obstante reconheça que não se apresenta possível uma cisão conceitual entre o evento em si e a consequência que dele releva ao direito, ver BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**, cit., p. 30, nota 25.

¹¹²¹ CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale di Diritto Privato Europeo**. Milano: Giuffrè, 2007, v. II, p. 225. No mesmo sentido, assinalando a identidade entre o conceito de dano e a ideia de “modificação pejorativa de qualquer bem, considerado este na acepção corrente e ampla de ente que determina uma vantagem ou um benefício ao homem”, o que satisfaz as necessidades de delimitação jurídica tanto dos prejuízos patrimoniais como dos não patrimoniais, BONILINI, Giovanni. **Il danno non patrimoniale**, cit., p. 58. Tanto que, seguindo esta linha de concretização, os danos extrapatrimoniais teriam a sua concretização associada não apenas à ofensa de um interesse de mesma natureza (não patrimonial), mas à necessidade de que tal se desse com tamanha intensidade ao ponto de comprometer a proteção por eles assegurada à própria dignidade humana do sujeito; sobre o tema, MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e os seus reflexos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, pp. 233-258, jul./dez. 2006, p. 247.

¹¹²² CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale...**, cit., pp. 237-238. A respeito, referem os autores que a perda pura e simples é característica dos sistemas de *common law*.

Confirmada a imprescindibilidade de que o dano, para ter importância jurídica, ou seja, para ser considerado juridicamente relevante, deve ser qualificado, várias são as possibilidades ou meios de o fazer. Todavia, é certo que esta qualificação, para ser eficiente e se inserir de modo satisfatório em um sistema atípico (nos moldes dos sob comparação)¹¹²³, deve ser dotada de certo grau de elasticidade, o que se apresenta factível por intermédio da conexão com a ideia de consequência da violação de um interesse merecedor de tutela¹¹²⁴.

E esta elasticidade decorre não apenas da necessidade de proteger um número aberto de situações existenciais – por isso mesmo a atipicidade do sistema, que se satisfaz com a lesão de qualquer interesse, desde que objeto de proteção pelo ordenamento jurídico –, mas também de alcançar prejuízos de cunho patrimonial e extrapatrimonial, abrindo, com isso, ambos os elementos integrantes do dano juridicamente relevante (elemento jurídico ou normativo e elemento naturalístico).

Tais considerações permitem estabelecer, seguindo a linha de sistematização até aqui desenvolvida, que o dano juridicamente relevante pode ser entendido como a perda de utilidade propiciada por um interesse protegido em razão de uma violação ilegítima contra ele perpetrada; ou, de outro modo, como uma qualificação jurídico-normativa que se atribui a um prejuízo sofrido por determinado sujeito em uma dada esfera de interesses objeto de tutela pela ordem vigente¹¹²⁵.

O dano, assim, assume um conteúdo juridicizado, atípico e de conformação ampla, que se concretiza por meio da verificação de dois planos imprescindíveis – da perda de uma utilidade decorrente da fruição de um bem acrescida da lesão ao

¹¹²³ A questão da (a)tipicidade do ilícito, tema sempre recorrente na doutrina quando se fala na cláusula de *ingiustizia de danno*, não receberá um tratamento específico e aprofundado no presente momento, seja porque é consenso que os três sistemas sob comparação, em maior ou menor grau, adotam um sistema atípico, seja porque, mesmo os sistemas alemão ou de *common law*, nomeadamente associados à tipicidade do ilícito, vem sofrendo um expressivo abrandamento por meio do trabalho de interpretação a partir dos modelos originais, tornando-se, na atualidade, mais próximos da realidade vivenciada nos sistemas abertos. Daí a aparente perda de espaço para a referida discussão, que dominou o cenário no campo doutrinário italiano por longos anos, mostrando-se oportuno um autêntico “cambio di prospettiva”. Sobre o tema, ALPA, Guido. **La responsabilità...**, cit., p. 159.

¹¹²⁴ CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità...**, cit., p. 790.

¹¹²⁵ ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., p. 08.

interesse jurídico a ele associado – e se materializa na dualidade patrimonial-extrapatrimonial¹¹²⁶.

1.2 *Dano juridicamente relevante e imputação objetiva*

Identificados os contornos que, na atualidade, são atribuídos ao conceito de dano para o fim de que possa ser considerado juridicamente relevante e, bem assim, permita à responsabilidade civil desempenhar as funções que dela são esperadas, cumpre aferir, num sistema geral de responsabilidade objetiva, a forma como tal pressuposto se comporta.

Para isso, é de se assinalar que, consoante adiantado precedentemente, o fato de alguns dos pressupostos clássicos terem a sua relevância suprimida nesta forma de imputação torna os elementos normativos que se inserem naqueles até então preponderantemente fáticos portadores de expressiva relevância na seleção dos danos dignos de ressarcimento¹¹²⁷.

¹¹²⁶ A demarcação da diferença entre dano patrimonial e dano extrapatrimonial é, até os dias atuais, ainda rica em controvérsias, sendo três as linhas estruturantes para este fim: uma primeira, que parte da natureza do interesse jurídico violado; uma segunda, que se estabelece a partir dos efeitos da lesão; e uma terceira, conciliatória de ambos os critérios anteriores. A doutrina tende a inclinar-se pelo primeiro, associando o dano extrapatrimonial à lesão de interesses de natureza pessoal (“direitos de personalidade, em amplo espectro”); assim, MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral à brasileira**, cit., p. 7084. Partindo-se do conceito de dano juridicamente relevante antes apresentado (constituído por uma dupla faceta, ou seja, pela lesão de interesse e pela frustração de utilidade), tem-se alguma dúvida quanto à suficiência deste critério, pois situações ocorrerão em que mesmo violado um interesse de natureza pessoal (v.g., direito à imagem), poder-se-á verificar uma perda de utilidade de natureza patrimonial (v.g., perda de clientela). A temática, ao que se vê, é deveras complexa. Não obstante, especialmente para a estruturação de um regime geral de responsabilidade objetiva, não é propriamente central, já que o dano em si (seja patrimonial, seja extrapatrimonial) basta à satisfação da estrutura de imputação, desde que satisfeito o conceito qualificado antes posto como imprescindível.

¹¹²⁷ Neste sentido e a partir de uma perspectiva clássica de agrupamento dos pressupostos (por isso especialmente aplicável ao regime de imputação subjetiva), cumpre recordar a divisão do exame da imputação em dois planos de verificação: um fático, no qual se inserem o fato, o dano e o nexo causal, e outro jurídico ou normativo, no qual se examinam a culpa e a ilicitude enquanto elementos integrantes do ato ilícito. Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil...**, cit., pp. 423-424. Em um regime de imputação objetiva, esta bipartição perde o sentido, pela irrelevância do dito plano jurídico, o que implica na necessidade de que alguns dos seus elementos normativos sejam absorvidos pelos pressupostos remanescentes que, assim, necessitam ser de algum modo juridicizado e, por isso, não mais podem ser ditos simplesmente fáticos.

Isso porque num regime de pressupostos no qual a culpa, a ilicitude e a imputabilidade, com acentuada natureza normativa, têm a sua verificação suprimida, faz-se mister que, em a simples previsão legal de imputação objetiva não sendo eficiente a fazer as vezes de filtro de seleção dos danos ressarcíveis, diante do incremento da complexidade das situações que lhe são postas, os remanescentes, até então precipuamente factuais, tenham que desenvolver facetas de natureza jurídica com o intento de satisfazer tal finalidade.

1.2.1 O elemento qualificador do dano

Nos termos do que fora tratado, o elemento normativo que se agrega à noção naturalística de dano para fins de torná-la juridicamente relevante não é uma novidade na riqueza das mais variadas experiências jurídicas, inclusive daquelas que, no âmbito comparativo proposto, despertam especial atenção ao presente estudo. E, neste cenário, tal mister pode ser desempenhado por valorações de cunho normativo amplo, que se manifestam, isolada ou cumulativamente, nos diversos pressupostos que o integram para fins do surgimento do vínculo obrigacional indenizatório¹¹²⁸.

Em um juízo tradicional de responsabilidade civil, não se verificam maiores dificuldades a respeito, mesmo quando, aos moldes franceses, esta aferição vem realizada por meio de um pressuposto único e envolvente (modelo monista) de uma série de valorações, tal qual ocorre com o conceito jurídico de *faute*¹¹²⁹. Ou

¹¹²⁸ A alusão à violação de interesse juridicamente protegido enquanto elemento imprescindível a agregar certa carga de normatividade ao conceito de dano é consensual nas experiências jurídicas continentais, inclusive naquelas ora sob comparação, constituindo-se, não raro, em pressuposto autônomo do juízo de imputação. E tal se poderá dar, consoante já averiguado, por meio de aferição que se desenvolve seja através da própria culpa (na sua acepção francesa, por exemplo), da ilicitude e da antijuridicidade – todas vinculadas à conduta, mas, também, mesmo que indiretamente, ao prejuízo que dela decorre e, por isso, torna-se juridicamente relevante – ou, ainda, da injustiça do próprio dano, na tradição italiana. A aferição da melhor alternativa a suprir eventual lacuna de legitimidade em um sistema de imputação objetiva alargado é que se constitui em tarefa a ser vencida.

¹¹²⁹ Como já se teve oportunidade de assinalar, a experiência jurídica brasileira é muito curiosa neste particular. Isso porque não obstante a sua produção doutrinária e a própria acepção das regras constantes no seu Código Civil induzam, na linha da tradição portuguesa, uma aferição autônoma dos pressupostos ditos normativos, valorando-se culpa e ilicitude com completa autonomia (fática e conceitual), esta acaba não sendo a praxe nos Tribunais. Assim é que a verificação do surgimento do dever de indenizar, na prática, tende a seguir uma lógica por vezes um tanto voluntariosa, com a

mesmo em um sistema dual (modelo dualista)¹¹³⁰, de inspiração alemã, em que o intérprete deve aferir a existência da culpa e da ilicitude, de modo autônomo e com atenção a toda a riqueza dogmática que cada um dos conceitos encerra, consoante se verifica na atual tradição portuguesa, por exemplo¹¹³¹. Em ambos, ao que se vê, a noção de dano tende a apresentar-se de maneira menos complexa, pois os demais pressupostos fazem esta vinculação com a ideia de desconformidade ao direito, a qual, em última análise, constitui-se em um dos elementos de legitimação da transferência do prejuízo do lesante para o lesado.

A dificuldade se põe de modo especial em um sistema geral de imputação objetiva, diante da supressão destes pressupostos ditos normativos, restando apenas a previsão legal de responsabilidade que, aparentemente, se satisfaz com a presença do dano e do nexo de causalidade entre ele e o agente a quem se visa a impor uma obrigação reparatória¹¹³². E talvez seja, justamente, apenas a exigência dos pressupostos fáticos associados à previsão legal de imputação objetiva que, por vezes, crie situações *sui generis*, nas quais não obstante uma percepção empírica recomendasse uma ausência de responsabilidade, a inexistência de outros filtros – que lhe pudessem obstar – implica no surgimento do dever de reparação¹¹³³.

averguação das circunstâncias concretas pelo julgador sem um maior rigorismo quanto à demarcação das figuras em questão, o que permite transparecer ainda reminiscências a uma experiência unitária, nos moldes daquela corporizada pelo conceito francês de *faute*. A justificativa para tanto esta exatamente na inegável influência francesa na primeira codificação civil, influência esta que reverberou na doutrina da época e tendeu a permanecer nas lides forenses mesmo à vista de um maior refinamento das categorias jurídicas (por influência da terceira sistemática, introjetada no Brasil a partir da influência que se fez sentir por intermédio do Código Civil português de 1967). Sobre o tema, cuja complexidade é apenas reflexa ao debate ora em tela, já que relacionada precipuamente ao sistema tradicional de imputação subjetiva, permita-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual**: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). Revista da Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, a. 3, n. 6, pp. 1163-1190, 2017.

¹¹³⁰ Para um desenvolvimento mais aprofundado a respeito os ditos modelos “monista” e “dualista”, ver CORDEIRO, António Menezes. **Da responsabilidade...**, cit., p. 424.

¹¹³¹ Sobre o tema, inclusive com um rico apanhado acerca da jurisprudência portuguesa, comprovando-se a “viragem” para o modelo germânico quando da valoração dos pressupostos, ver CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 368-372.

¹¹³² Ou seja, com aqueles pressupostos que, no então dito processo de responsabilização sistematizado por CORDEIRO, António Menezes. **Da responsabilidade Civil...**, cit., p. 423, vêm inseridos num plano, em tese, fático de valoração.

¹¹³³ Mesmo que não especificamente acerca das situações submetidas a regimes de responsabilidade objetiva, MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral à brasileira**, cit., p. 7074, adverte quanto à importância dos filtros que fazem a seleção entre o dano qualquer e o dano digno de tutela; nas palavras da autora, “nenhum sistema jurídico [...] pode conviver com a ausência de tais filtros ou critérios para a

Tendo em conta as formulações mais tradicionais sobre os regimes de responsabilidade objetiva, ao menos aquelas que por primeiro receberam um tratamento legislativo, pensou-se que a simples previsão legal da dispensa da culpa, diante da sua fragmentária taxatividade (o que permitiria a regulação de grupos mais ou menos bem delimitados de casos), fosse suficiente a legitimar um dever de indenizar apenas à vista do dano e do nexo de causalidade.

Com o incremento da complexidade social e, bem assim, da multiplicação de situações submetidas a regimes de imputação objetiva, as situações a eles relacionadas passaram a ser deveras alargadas e heterogêneas, a demandar o aprimoramento de um sistema de filtros dos danos (não das condutas) sobre os quais se projetam, sob pena de se substituir um autêntico regime de responsabilidade – com todas as suas características intrínsecas – por situações muito próximas de sistemas *no-fault*¹¹³⁴ ou mesmo securitários camuflados¹¹³⁵.

identificação de danos indenizáveis”, o que não é diverso em um regime geral de responsabilidade objetiva.

¹¹³⁴ Neste aspecto, não é demais lembrar o que tem sucedido nas últimas décadas em matéria de responsabilidade civil do Estado, na qual o alargamento demasiado do instituto, que passa a encontrar legitimação generalizada e vem fundado, no mais das vezes, na mera causalidade, tem atribuído ao erário uma função mais próxima de garantidor do que de legítimo responsável. Sobre a problemática do tema, que deliberadamente deixou de ser tratado na presente investigação diante da sua vinculação mais próxima ao direito público, ver as observações de CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 32 e ss., com especial advertência acerca de quão equívoca pode-se apresentar uma responsabilidade civil do Estado em termos quase ilimitados. Também sobre o tema, GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas**. Lisboa: AAFDL, 2010, pp. 15 e ss., quando reflete sobre os limites da responsabilidade estatal por atos omissivos e a necessidade da existência de “trinco” ou filtro que delimite até onde se pode chegar com os deveres de reparação. Ainda, com oportunas reflexões sobre este fenômeno, representado pelas situações nas quais o Estado chama para si o encargo do ressarcimento em decorrência de determinadas atividades danosas, ver PONZANELI, Giulio. **La responsabilità civile**, cit., pp. 20-21.

¹¹³⁵ Não há dúvidas que a responsabilidade objetiva – cujas funções sancionatória ou mesmo preventiva restam sobremaneira mitigadas, diante do fundamento da imputação, não obstante ao menos reflexamente possa-se identificar algum traço de *deterrence* – e os seguros obrigatórios atuam, de certa medida, em áreas muito próximas, especialmente quando associado a situações em que, normalmente, a ocorrência de danos é fato relevante ao ponto de demandar uma maior socialização dos prejuízos. Todavia, constituem modelos diferentes de resposta a um mesmo fenômeno, o qual, em verdade, é apenas em parte coincidente, especialmente tendo em vista a amplitude das suas atuais previsões que, como visto, vão muito além das hipóteses de risco propriamente dito. Sobre o tema, TROISI, Claudia. **La responsabilità oggettiva**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, p. 579. A grande diferença entre os dois institutos reside no fato de que ao contrário da responsabilidade objetiva, na qual é o lesante que suporta o prejuízo, no seguro de responsabilidade a socialização dos riscos é ainda mais intensa, pois os ônus correspondentes são impostos a uma coletividade, permitindo, com isso, uma alargada repartição social de riscos e danos; sobre o tema, MONTEIRO, António Pinto. **A responsabilidade civil no direito**

É justamente neste cenário – e tendo em conta as ponderações traçadas quanto aos papéis da imputabilidade e da ilicitude em um regime de responsabilidade sem culpa – que assume especial importância a (re)estruturação de um elemento qualificador do dano que, ao lado dos fatores de juridicização também agregados ao nexo de causalidade, possa fazer as vezes, em conjunto com a própria previsão normativa de imputação (que exerce um primeiro controle, mesmo que um tanto evanescente), de seletor das situações em que a imputação efetivamente se justifica e legítima.

Neste particular, as experiências portuguesa e brasileira parecem pouco poder contribuir, pois ou juridicizam reflexamente o conceito de dano por meio do pressuposto da ilicitude (em um regime fundado no ato ilícito)¹¹³⁶, ou se satisfazem, nos regimes de imputação objetiva, à vista da previsão legal de dispensa expressa da culpa, associada à presença do dano e do nexo causal¹¹³⁷, ao menos tendo em conta uma perspectiva tradicional de exame do fenômeno em causa.

A realidade jurídica italiana, então, surge como portadora de uma vivência rica ao longo dos mais de setenta anos de vigência do *Codice* de 1942, que se construiu a partir da evolução da concretização do conceito de *danno ingiusto* introduzido pelo seu artigo 2.043, especialmente tendo em conta que o entendimento preponderante na doutrina é que nele se centra toda a estrutura da responsabilidade civil extracontratual, e não apenas aquela de natureza subjetiva prevista diretamente

contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de. O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil. Coimbra: Almedina, 2003, p. 324.

¹¹³⁶ Tanto por isso as longas discussões na doutrina portuguesa, por exemplo, acerca do cabimento da indenizabilidade dos danos puramente patrimoniais, diante da aparente falta de um direito geral ao patrimônio que reste violado como premissa à juridicização do prejuízo correspondente a estas situações. Sobre o tema, com um completo panorama da situação no ordenamento jurídico português, especialmente a partir da sua interface com a experiência germânica acerca do tema, ver LEITÃO, Adelaide Menezes. **Normas de proteção e danos puramente patrimoniais.** Coimbra: Almedina, 2009, especialmente pp. 639 e ss. Ainda a respeito, VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de. **Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual dos danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português.** In: ANTUNES: Ana Filipa Moraes et al (org.). *Novas Tendências da Responsabilidade Civil.* Coimbra: Almedina, 2007, pp. 147 e ss.

¹¹³⁷ Neste particular, considerando que, por vezes (especialmente no sistema jurídico brasileiro), o preceito que traz a dispensa da culpa é estruturado a partir de um suporte fático hipotético deveras alargado, tem-se situações de imputação de danos que se aproximam em muito da mera causalidade, o que tem potencial para causar algumas distorções à vista das possibilidades variadas de concretização da regra de responsabilidade objetiva.

no aludido preceito (que faz alusão à culpa), como uma leitura inicial poderia induzir. Tanto que o denominado princípio da indenizabilidade do dano injusto passa a ser entendido como verdadeira cláusula geral de responsabilidade civil (não circunscrita à imputação a partir do ato ilícito) – nos mesmos moldes, aliás, do que sucede com a boa-fé – porquanto não é a norma que faz a valoração dos prejuízos que serão dignos da tutela aquiliana, mas o aplicador quando da concretização da hipótese aberta que se materializa no conceito de dano injusto¹¹³⁸.

Daí a pertinência de que se examine com mais atenção o paradigma de responsabilidade construído a partir da cláusula do dano injusto, na expectativa de, por meio da sistemática que lhe serve de instrumento de operacionalização, lograr-se identificar caminho hábil o bastante a estruturar um conceito juridicizado de dano que satisfaça as necessidades de um regime geral de imputação objetiva.

1.2.2 O paradigma do dano injusto

Consoante já aludido precedentemente a partir de um prisma histórico-evolutivo do sistema italiano, era possível verificar, na doutrina que se desenvolveu nos anos subsequentes à promulgação do *Codice Civile* de 1942, uma identidade entre o conteúdo da expressão *ingiustizia* introduzida no seu artigo 2.043 e o conceito clássico de ilicitude civil, ambos individualizados como lesão a um direito absoluto. Verificou-se, contudo, especialmente a partir da década de 60 do século passado, uma ampla alteração acerca da interpretação sobre o seu alcance, no sentido de lhe agregar diversas funções e, bem assim, de reler o dispositivo legal precitado como uma autêntica cláusula geral inovadora e, por isso, rica de possibilidades diante de novas e imperiosas necessidades de concretização da responsabilidade civil¹¹³⁹.

¹¹³⁸ GALGANO, Francesco. *Tratato...*, cit., pp. 927-928.

¹¹³⁹ Assim, ALPA, Guido. *La responsabilità...*, cit., p. 158. Dentre as acepções absorvidas pela cláusula geral da injustiça do dano, o autor faz referência ao seu conteúdo, que se apresenta multifacetado e identificável com as fórmulas típicas ou atípicas que preveem a lesão a direito subjetivo propriamente dito ou mesmo a interesse juridicamente protegido, com a noção de antijuridicidade na sua associação com a culpa e como fórmula aberta à concretização judicial com vias a permitir o balanceamento entre os interesses em jogo.

Nesta linha de concretização, deve-se bem atentar para o fato de que a tradução da expressão injustiça do dano não se pode pretender unitária, devendo abranger não apenas a sua função enquanto critério seletivo dos interesses merecedores de tutela, mas também como critério de seleção dos danos ressarcíveis, inclusive quando associados não aos interesses em si, mas aos bens jurídicos que restaram lesados¹¹⁴⁰. Constitui-se, portanto, em conceito de conteúdo complexo que, para ser concretizado, deve levar em consideração os seus antecedentes em conjunto com o intento que se buscou atingir com a sua introdução no sistema jurídico, especialmente a partir da interpretação que lhe foi dada, em nítida ruptura com a tradição do Código Civil anterior¹¹⁴¹.

O ponto de partida para esta concretização está no reconhecimento da mudança de referencial, já que a injustiça vem relacionada pela letra da lei ao dano e não à conduta. Disso se extrai, exatamente na linha que em muito interessa à investigação em curso, que a direta relação entre dano e injustiça estabelecida faz passar ao primeiro plano o fato objetivo da lesão, atribuindo maior relevância à vítima em comparação ao agente¹¹⁴².

Portanto, a ideia de injustiça qualifica o dano – e não a conduta – em senso de relevância para a responsabilidade civil, ou seja, atribui-lhe uma conotação jurídica enquanto requisito imprescindível a torná-lo relevante ao nascimento de um vínculo obrigacional reparatório¹¹⁴³. Ou, dito de outro modo, a injustiça usada pela lei enquanto qualificação do dano introduz a lesão no próprio prejuízo, fazendo com que

¹¹⁴⁰ ALPA, Guido. **La responsabilità...**, cit., p. 160.

¹¹⁴¹ Sobre o tema, especialmente tendo em conta a imperiosidade de se reconhecer a forma de atuação estrutural da cláusula geral em questão, compreendendo a “*ingisutizia del dano come categoria di mezzo tra Code Civil e BGB*”, ver as ponderações de CASTRONOVO, Carlo. **La responsabilità civile. Esperienze europee a confronto**. In: AAVV. *I cento anni del Codice Civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*. Atti del Convegno di Ferrara 26-28 settembre 1996. Padova: CEDAM, 2002, pp. 396-399.

¹¹⁴² RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., p. 107.

¹¹⁴³ Assim é que o dano assume relevância ao juízo de imputação civil através de um processo de juridicização que o aproxima de uma conotação normativa, mesmo que não em uma acepção pura. Sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità...**, cit., pp. 791-792.

seja ele o ponto de partida da imputação e não a violação em si de um interesse juridicamente protegido¹¹⁴⁴.

A primeira conclusão que se pode extrair disso é, pois, no sentido de que a injustiça do dano não se restringe à mera antijuridicidade da conduta, manifestando-se, neste cenário, como o perfil objetivo do ilícito, apto, portanto, a delimitar a concretização de hipóteses de conflito de interesses¹¹⁴⁵. Disso se deve inferir que a tomada do dano enquanto ponto de referência para a injustiça tem em si um sentido e uma função particulares que precisam ser bem percebidos¹¹⁴⁶, os quais se mostram, por isso, imprescindíveis à adequada compreensão do modelo paradigmático ora em análise.

A teoria geral da responsabilidade civil dita subjetiva, por lançar mão da culpa ou do dolo enquanto elementos de imputação, deriva da concepção de responsabilidade enquanto sanção ao ilícito, pelo que se centra no questionamento sobre o comportamento do lesante¹¹⁴⁷. Ocorre que o sistema proposto por meio do dano injusto representou uma ruptura com esta tradição, diante da centralidade do dano em relação à conduta, o que lhe permite unificar todas as hipóteses de seleção dos prejuízos ressarcíveis, inclusive fora dos limites do ato ilícito¹¹⁴⁸.

Já a segunda conclusão a que se chega está associada à constatação de que a qualificação da injustiça atribuída ao dano foi uma forma encontrada pelo legislador italiano – e pelo interprete, ao concretizar o preceito do artigo 2.043 do *Codice* – de

¹¹⁴⁴ CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale...**, p. 237. Nas precisas palavras dos autores, “l’ingiustizia, usata dal legislatore italiano a qualificare il danno introduce per così dire la lesione nel danno, il che significa che nel giudizio di responsabilità il punto di partenza non è la lesione ma il danno, cosa che è stata sostenuta e ripetuta, come mutamento della prospettiva relativa alla responsabilità, ma che non tutti si sono resi conto essere la lettera stessa dell’art. 2043 a imporre di fare”. Pede-se vênia pela insistência no reforço da constatação, mas tal se justifica no fato de que se não é de todo infrequente a dificuldade de que tal seja percebido pela própria doutrina local (mesmo que de um modo cada vez mais raro, é verdade), quanto mais no plano da comparação, quando o intérprete desavisado é induzido a, muitas vezes, procurar no direito estrangeiro as soluções existentes no seu próprio sistema jurídico.

¹¹⁴⁵ D’AURIA, Massimo. **L’ingiustizia del danno**. In: CUFFARO, Vincenzo. *Responsabilità Civile*. Roma: IPSOA, 2007, pp. 68-69.

¹¹⁴⁶ MANDRIOLI, Eugenio. **Spunti critici per un’interpretazione restrittiva del danno risarcibile**. *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, v. LXXXI, fasc. 2, pp. 652-674, 2016, p. 652.

¹¹⁴⁷ Com um maior aprofundamento a respeito, inclusive com extensa referência doutrinária acerca desta construção, ver COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 32, nota 5.

¹¹⁴⁸ MANDRIOLI, Eugenio. **Spunti critici...**, cit., p. 652.

juridicizar um conceito que, por tradição, tinha uma conotação preponderantemente naturalística, já que tal incumbência era relegada a pressupostos outros do juízo de imputação. Pretende-se, com isso, materializar um filtro de seleção dentre os eventos danosos quais serão objeto de um juízo de imputação civil¹¹⁴⁹.

Tal não significa dizer que o conceito em causa adota um puro e simples juízo de desvalor do resultado, pois, reconhecida a sua complexidade, instala-se a partir da contraposição entre a valoração da conduta lesiva e a valoração do prejuízo que se projeta no patrimônio do lesado. Assim é que o dano é injusto, sobre o primeiro prisma, quando não se verifica no âmbito de uma causa de justificação (juízo de desvalor que se projeta sobre a conduta do agente); sobre o segundo, quando lesa uma esfera juridicamente protegida (juízo de desvalor que se projeta em relação ao prejuízo sofrido pela vítima)¹¹⁵⁰.

Ou seja, vem corporizado em um extremo positivo, materializado na lesão de um interesse merecedor de tutela, e em um extremo negativo, materializado pela sua não decorrência do exercício de um direito, ambos tomando o dano como ponto de referência, pois é ele que lesa o interesse e é ele que não decorre do exercício de um direito (que pode ter origem em uma conduta em si, em uma atividade ou mesmo em um fato a que a lei atribui esta prerrogativa). E somente este extremo negativo, nos moldes germânicos, pode ser, em parte – apenas no que tange às causas de justificação – corporizado por meio da tradicional figura da ilicitude/antijuridicidade¹¹⁵¹.

Esta dualidade de aferição da concretude do conceito em causa – que foi em grande parte produzida pela Corte de Cassação¹¹⁵² – vem representada pelas

¹¹⁴⁹ CASTRONOVO, Carlo. **La responsabilità civile**, cit., p. 237. No mesmo sentido, CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale...**, p. 237.

¹¹⁵⁰ Consoante esclarece MANDRIOLI, Eugenio. *Spunti critici...*, cit., p. 652, enquanto o juízo de ilicitude opera-se *ex ante* (de regra) a partir de uma valoração comparativa segundo um critério de utilidade pública entre interesse perseguido e interesse ameaçado por um mesmo comportamento, o juízo de injustiça do dano opera-se *ex post* para valorar se um determinado acontecimento tenha concretamente provocado um menoscabo da situação jurídica do lesado e se este menoscabo diga respeito a um interesse merecedor de tutela.

¹¹⁵¹ GALGANO, Francesco. **Tratato...**, cit., p. 952, nota 53.

¹¹⁵² Para um panorama acerca da evolução da jurisprudência da *Corte di Cassazione* acerca da construção do conceito de dano injusto, o que permitiu, inclusive, resolver questões intrincadas em matéria de responsabilidade civil, como as puras perdas patrimoniais (*pure economic loss*), ver CURSI,

designações *non iure* e *contra ius*, integrativas da injustiça que qualifica o dano e que bem materializa a complexidade da noção jurídica sob exame¹¹⁵³.

Nestes termos, entende-se por dano *contra ius* aquele que viola uma posição jurídica de outrem e, por dano *non iure*, aquele que não se produz em uma situação de exercício de um direito por parte do lesante (ausência de causa de justificação). Em suma, a ofensividade (*contra ius*) e a não justificação (*non iure*) restam – conjunta e complementarmente, em paralelo e não contrapostas – por caracterizar o conteúdo da injustiça exigida para a reparabilidade do prejuízo sofrido, pressuposto este que será avaliado no seio da aferição da presença do dano juridicamente relevante e não da ilicitude ou da antijuridicidade da conduta lesiva¹¹⁵⁴.

Em apertada síntese do que fora até aqui posto, pode-se dizer que o dano se considera injusto quando lesa (ele próprio e não a conduta da qual decorre) um interesse jurídico de terceiro digno de tutela sem que a conduta da qual decorra (agora sim a conduta, mas sempre a partir da sua integração com o prejuízo) esteja justificada¹¹⁵⁵. Ou, dito de outro modo, quiçá com uma maior precisão linguística, o dano injusto, na sua dúplice acepção, é aquele que lesa (o próprio dano) uma situação jurídica de outrem, por isso dito *contra ius*, e, de igual sorte, não decorre do exercício

Maria Floriana. **Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato**. Napoli: Jovene, 2010, pp. 221-225.

¹¹⁵³ VISINTINI, Giovanna. **Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno**. Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale, Padova, a. III, n. 1, pp. 73-84, gen./feb. 1987, p. 78. Consoante a autora, a concretização do conceito em causa representou a passagem da simples aferição da antijuridicidade da conduta, materializada em parte na acepção *contra ius*, para a sua integração com a acepção *non iure*, ambas, contudo, partindo do dano enquanto ponto de referimento.

¹¹⁵⁴ D'ANTONIO, Virgilio. **Il Danno ingiusto**, cit., pp. 87-89. Ainda segundo o autor, a completa compreensão do conceito de injustiça do dano – construída, nas suas palavras, em '*stagioni*' differenti e estruturada por meio de um processo valorativo bifásico de contraposição entre os interesses do lesante e do lesado – representou a possibilidade de se promover uma reconstrução da ideia de ilícito civil, até então atrelada a um precípua viés sancionatório muito bem corporizado pela ideia de antijuridicidade/ilicitude. Tal qual dito precedentemente, a estruturação ora posta, construída no seio do sistema jurídico italiano, por vezes pode não ser bem compreendida pelo comparatista, que tende a nela antever – em especial quando formado em sistemas jurídicos mais caros à tradição dogmática germânica estreita do ato ilícito, especialmente como o português – uma mera identidade com os conceitos de ilicitude ou de antijuridicidade que, não obstante contenha alguma evanescente parcela de verdade, não é completa e sequer bem representativa de toda a sua extensão.

¹¹⁵⁵ NAVARRETTA, Emanuela. **Il danno ingiusto**, cit., p. 256. Opondo-se a esta estrutura de concretização da cláusula geral em questão, com a expressa referência ao fato de se tratar de um "equivoco dottrinale" a identificação da injustiça do dano com a faceta *non iure* da conduta, pois "l'idea che l'ingiustizia, messa nell'art. 2.043 c.c. a qualificare il dano, è altra cosa dall'antigiuridicità, la quale è categoria del fatto dal quale il danno scaturisce", CASTRONOVO, Carlo. **Eclissi del diritto civile**. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 153-154.

de um direito próprio do agente causador, por isso *non iure* (não propriamente a conduta, mas a situação jurídica como um todo assim considerada)¹¹⁵⁶.

De tudo isso se infere que a dualidade do conceito em causa decorre, pois, de uma valoração comparativa de dois interesses contrapostos: o interesse da vítima lesado pelo dano e o interesse daquele a quem se pretende atribuir responsabilidade. Em outras palavras, é uma contraposição entre lesante e lesado e os respectivos interesses jurídicos em jogo que demarcará a viabilidade do surgimento de um dever de reparar¹¹⁵⁷, ao menos a partir de uma perspetiva de valoração nos moldes da experiência do dano injusto.

1.2.3 Por uma noção de dano útil à responsabilidade objetiva

Ao que se pode inferir do todo exposto, especialmente tendo em vista a rica experiência italiana em matéria de estabelecimento de um conceito juridicizado de dano para fins de surgimento do vínculo obrigacional reparatório, parece viável – e oportuna – a compatibilização de algo semelhante ao que fora estruturado em relação à noção de *ingiustizia*¹¹⁵⁸ em um regime geral de imputação objetiva. E várias são as razões para tanto, sem prejuízo da ausência de uma referência expressa, tal qual aquela contida no artigo 2.043 do *Codice*, a um elemento qualificador do prejuízo em si na grande parte dos sistemas jurídicos, dentre eles os demais sob comparação.

¹¹⁵⁶ GALGANO, Francesco. *Tratato...*, cit., p. 927. Ainda a respeito, consoante explicita BARCELLONA, Mario. *La responsabilità extracontrattuale*, cit., pp. 81-82, a valoração da injustiça do dano traz em si duas interrogações que merecem ser respondidas para fins de se legitimar o vínculo obrigacional que dela decorrerá: primeiro, deve-se identificar a atribuição ou a apropriabilidade do valor afetado pelo prejuízo sofrido pelo lesado, assim denominado “campo virtual da função conservativa da responsabilidade” e, por conseguinte, “campo virtual” da própria responsabilidade; segundo, deve-se estabelecer se o valor perdido era em si juridicamente protegido, inclusive em relação à ação de quem o lesou e ao tipo de agressão em que se deu a sua afetação, o que se pode nominar “campo operativo do juízo de responsabilidade”.

¹¹⁵⁷ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni...*, cit., p. 110. E o critério que deve permear esta valoração, consoante o autor, é justamente o da utilidade geral, que se constitui em baliza importante para este cotejamento, não obstante não seja a única.

¹¹⁵⁸ Tal qual assinalado alhures, a designação dano injusto é deveras criticável; assim, SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., p. 100. Por isso que se tem reiteradamente preferido ao longo da presente investigação, seguindo, aliás, a linha de harmonização adotada pelo direito europeu, a expressão dano juridicamente relevante, para diferenciá-lo do dano genérico e não juridicizado, que pode ou não ter relevância à responsabilidade civil.

A primeira premissa para tanto está no reconhecimento de que a responsabilidade objetiva, indubitavelmente, parte da primazia do dano para fins de operacionalização dos seus objetivos primordiais. Sem prejuízo de alguma controvérsia que se possa estabelecer a respeito, em especial quando tomado por paradigma o dever de reparar assente na culpa, não há dúvidas de que, na modalidade de imputação ora em estudo, o dano é o epicentro de um regime geral que se venha a propor, pois a sua indenização – até mesmo pela diminuta relevância que assumem os pressupostos atinentes à conduta – é o objeto central do exame de subsunção que permite o surgimento do vínculo obrigacional.

Nestes termos, a integração de um desvalor que, de algum modo, conecte-se ao resultado e não propriamente à conduta¹¹⁵⁹, o que se pode dar por intermédio da transferência da ideia de lesão de uma esfera jurídica protegida desta para aquele (da conduta para o dano, tal qual feito pelo regime italiano), parece ser de suma relevância na demarcação do universo de abrangência das mais variadas *fattispecie* de responsabilidade objetiva. Com tal reconhecimento não apenas se consagra uma autêntica mudança de paradigma, como se estabelece importante ferramenta ao intérprete para fins de separação entre os prejuízos cuja legitimidade permite o seu ressarcimento e aqueles que se situam no campo do tolerável em matéria de intervenção na esfera jurídica de terceiros¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁹ Neste particular, cumpre assinalar que não se trata de um simples juízo de desvalor do resultado, nos moldes do que se operacionalizaria por meio da mera transposição da ilicitude/antijuridicidade, tal qual posta em um regime de imputação de natureza subjetiva, até mesmo diante dos inconvenientes pontuados pela doutrina, especialmente portuguesa, acerca deste debate, o que se dá em razão da influência da doutrina finalista já analisada precedentemente; sobre o tema, dentre outros, LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**, cit., p. 291; MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por Conselhos...**, cit., pp. 301-303; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 523. Em verdade, o que aqui se pretende, com à alusão a um juízo de desvalor que se agrega do prejuízo em si, é a integração de uma ideia de contrariedade ao direito que decorre do próprio dano em si, nos termos do que fora bem demarcado a respeito da experiência jurídica italiana na concretização do conceito de dano injusto, conceito este, aliás, reiteradamente assinalado como complexo, pois formado por mais de uma interface com as normas de regulação jurídica.

¹¹⁶⁰ Não obstante esta margem de tolerabilidade reste um tanto mitigada no campo da imputação objetiva, pois o intento primeiro é, sem dúvidas, facilitar a reparação da vítima, em razão da existência de circunstâncias que legitimam (ao menos em tese) uma responsabilidade agravada do agente, ainda assim é necessária a existência de um instrumento que permita ao intérprete, quando da subsunção do caso concreto à norma, fazer eventuais ajustes que se mostrem necessários, sob pena de se incorrer na consagração de um regime baseado na pura causalidade ou em um sistema de imputação *no-fault* próximo dos regimes securitários.

Como segundo ponto, cumpre assinalar a oportunidade de uma juridicização do dano por meio de uma dúplice faceta de valoração, nos exatos moldes do *non iure* e do *contra ius* desenvolvidos para fins de concretização do conceito de dano injusto¹¹⁶¹. Isso porque foi possível identificar, quando tratado precedentemente do pressuposto da ilicitude, que não obstante seja possível considerá-lo irrelevante em um regime geral de responsabilidade objetiva – ao menos nos moldes em que posto –, existe uma margem de atuação sua que não pode ser de todo desconsiderada, qual seja, o âmbito de incidência das causas de justificação.

E aqui não se está a falar, apenas e com particular relevo, das excludentes ditas típicas (que poderão conduzir mesmo à responsabilidade por atos lícitos ou pelo sacrifício), mas especialmente do genérico exercício regular de um direito, no espectro do qual se pode verificar a causação de danos legítimos (e que, por isso, não serão reparados), mesmo quando submetidos a hipóteses de imputação objetiva.

Talvez, inclusive, seja o sentimento de oportunidade¹¹⁶² acerca da resolução destas situações, associadas que são à justificação do dano (em razão da legitimidade da situação da qual provém), que tenham motivado uma parcela da

¹¹⁶¹ Consoante adverte MANDRIOLI, Eugenio. **Spunti critici...**, cit., p. 265, “[n]ella vita di relazione in una collettività innumerevoli comportamenti umani possono arrecare danni ad altri. [...] ogni attività economica, anche se esercitata con lealtà, riduce i profitti dei concorrenti; [...] In questi casi si ha sicuramente un peggioramento di una situazione favorevole, quindi un danno, ma questo non rileva giuridicamente, non solo perché è frutto di attività lecite, ma anche perché lo stesso appartenere ad una comunità importa inevitabilmente sacrifici reciproci, che, peraltro, sono abbondantemente compensati dai vantaggi della convivenza”. Neste ponto específico é que se pode verificar que mais do que a face *contra ius* estruturada no âmbito do paradigma do dano injusto, por vezes a sua expressão *non iure* é que merece especial relevo na seleção dos prejuízos reparáveis daqueles que devem ser suportados pelas vítimas; daí que sem um conceito juridicizado de dano, resta inviável de ser operacionalizado em um regime de imputação objetiva com eficiente funcionamento, diante da supressão dos pressupostos de natureza subjetiva (associados à conduta em si mesmo considerada).

¹¹⁶² Tanto que, nesta perspectiva, BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**, cit., p. 81, assinala que, na demarcação do campo de atuação da responsabilidade extranegocial, “una volta accertato che l’interesse leso rientri nella sfera giuridica preesistente di chi ne chiede il risarcimento, la concessione del rimedio aquiliano è (*rectius*: sembrerebbe) fatta dipendere solo dalla ricorrenza dei presupposti di operatività di uno dei criteri di imputazione previsti dal sistema (dolo, colpa, rischio, ecc.)”. Ou seja, nas precisas palavras do autor, a verificação da lesão a um interesse protegido seria premissa inafastável a toda e qualquer situação de imputação de responsabilidade, independentemente do nexo usado para este fim. Não obstante não se discorde de todo da referida afirmação, pois é certo que sem violação da esfera jurídica de terceiro não há sequer interesse na incidência de regras de imputação, é certo que, em se tratando de um regime de responsabilidade objetiva, o elemento a ser ponderado não pode ser propriamente a conduta lesiva, já que, em muitos casos, sequer será passível de ser identificada, mas o próprio dano, que se constitui no seu objeto central de verificação.

doutrina a afirmar a relevância da ilicitude¹¹⁶³. E isso mesmo quando o aludido pressuposto resta demonstradamente incompatível, na sua totalidade, com a essência da responsabilidade objetiva, na qual, em várias situações, sequer é possível identificar uma conduta certa, bem delimitada e claramente imputável a um agente, para fins de aferir a sua contrariedade ao direito.

A valoração do dano a partir de dois polos que se complementam, um deles centrado na aferição da lesão que o prejuízo provoca na esfera jurídica da vítima e, o outro, na ausência de justificação deste mesmo prejuízo em razão de se dar nos limites – não só, mas com especial destaque – do regular exercício de um direito, apresenta-se de todo útil em um regime geral de responsabilidade objetiva. Tal porque, ao consagrar a primazia do dano por meio da integração da lesão no seu conteúdo e por dar atenção a possíveis situações nas quais este se legitima, ou não, no exercício regular de um direito, permite satisfazer ambas as necessidades valorativas na demarcação do âmbito de aplicação da responsabilidade objetiva, por meio da seleção das situações dignas de tutela pelo ordenamento jurídico.

Dita aferição dos prejuízos ressarcíveis através do que, em uma linguagem figurada, poder-se-ia denominar “conceito-passaporte”, é conveniente na medida em que permite o ajuste e o reajuste das soluções, consoante a necessidade do caso concreto¹¹⁶⁴. A chave para o seu sucesso, todavia, tal qual parece demonstrar a experiência jurídica do dano injusto, deve-se dar sem perder de vista que a culpa e a ilicitude, no sistema de matriz subjetiva, estavam relacionadas aos níveis técnicos de

¹¹⁶³ A este respeito, MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral...**, cit., p. 7087, quando afirma que “o dano indenizável há de resultar de ato ou omissão antijurídica, ainda que o regime seja o da responsabilidade objetiva”, pois “para configurar-se a responsabilidade objetiva é necessário que o ato causador do dano seja contrário ao Direito (antijuridicidade, ou ‘ilicitude objetiva’)”. Contudo, como já se teve oportunidade de explicitar, não parece ser esta a construção mais adequada, apresentando-se preferível a mudança de paradigma proposta por um conceito juridicizado de dano que traga para o seu âmbito a ideia de lesão e não para a conduta em si que, na responsabilidade objetiva, por vezes sequer é suficientemente bem delimitada (exercício de uma atividade complexa ou fatos objetivamente considerados, para citar dois exemplos apenas).

¹¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral...**, cit., p. 7077. É certo que esta alternativa, como bem assinala a autora, pode ter graves inconvenientes, nos moldes, aliás, do que tem sucedido com a figura do dano moral do sistema jurídico brasileiro. Parece, contudo, que a situação ora sob exame é diversa, pois a abertura da solução normativa proposta, diante de todo o conteúdo jurídico que traz em si, presta-se mais a pequenos ajustes na demarcação dos prejuízos efetivamente dignos de reparação do que para excessos indenizatórios ou afastamentos demasiados daquilo que preconizado pelo direito posto.

efetivação da responsabilidade civil¹¹⁶⁵; suprimir a sua aferição em um sistema geral de matriz objetiva exige, portanto, a integração deste mister – ou ao menos da parcela que permanece importante diante da minimização da relevância da conduta – em pressupostos outros, tal qual o que ora se propõe por meio de uma noção dúplice (e juridicizada) de dano relevante ao surgimento do vínculo obrigacional.

Tudo isso pressupõe, porém, nos moldes já assinalados, uma real mudança de referencial que não se atenha apenas à nomenclatura utilizada, mas leve em conta o alargamento do conteúdo normativo do conceito de dano. E não há como se desconsiderar que esta transição pode-se apresentar um tanto quanto mais dificultosa em sistemas jurídicos que, seguindo a tradição pura francesa, não estão familiarizados com o modo operativo de um paradigma tal qual aquele do dano injusto, por empregarem uma noção de prejuízo deveras fática¹¹⁶⁶.

A experiência jurídica brasileira talvez bem permita demonstrar as dificuldades possíveis de serem encontradas nesta transição. Não obstante tenha-se tornado cada vez mais frequente a alusão à necessidade de valoração da presença de

¹¹⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil...**, cit., p. 422.

¹¹⁶⁶ Este cenário fica bastante bem evidenciado na realidade jurídica portuguesa, na qual a designação *dano injusto* é entendida como sinónimo irrestrito de dano decorrente de uma atuação ilícita por parte do agente, mesmo que tal se dê a partir de uma conotação alargada, tendente a abranger não apenas a violação a direitos subjetivos, mas também a interesses juridicamente relevantes. Neste sentido, dentre outros, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., pp. 531-532. Segundo o autor, inclusive, o modo como se dera a regulação na letra do artigo 2.043 tem o seu “principal defeito” no fato de “colocar o acento tónico da ilicitude sobre o dano (o efeito da conduta) e não sobre o fato (a conduta, em si mesmo considerada)”, justamente o ponto que é acentuado pela doutrina italiana mais moderna como o grande diferencial do sistema do *Codice* de 1942. Igualmente, mesmo que tratando em específico da responsabilidade civil do Estado, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 509, quando alude ao *dano injusto* por ele traduzido como o decorre de um agir comissivo ou omissivo ilícito da administração pública. Ora, ao que se vê, está-se diante de uma associação absoluta entre injustiça do dano e carácter ilícito da conduta do lesante, o que, como visto, não corresponde minimamente à realidade da experiência jurídica italiana hodierna. O mesmo sucede na jurisprudência onde, não obstante seja possível encontrar alguma referência à necessidade de verificação de um *dano injusto* para que se legitime o surgimento da obrigação indenizatória, isso é interpretado, tal qual na doutrina, como o prejuízo decorrente de uma atuação ilícita do agente, com a preponderância de um desvalor da conduta em relação ao resultado. Assim, exemplificativamente: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 087439. Rel. Cons. Torres Paulo. Data do acórdão: 03 out. 1995; PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 02B4716. Rel. Cons. Simões Freire. Data do acórdão: 13 fev. 2003; PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 03B535. Rel. Cons. Lucas Coelho. Data do acórdão: 10 mai. 2003; PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 677/09.1YFLSB. 7ª Secção. Rel. Cons. Custódio Monte. Data do acórdão: 04 mar. 2010; todos disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf?OpenDatabase>>; acesso em: 02 jul. 2017. Nos referidos acórdãos, não obstante se possa encontrar menção à injustiça do dano, ela é invariavelmente lida como a ilicitude atribuível à conduta causadora do prejuízo sofrido pela vítima.

um dano dito injusto enquanto pressuposto da obrigação indenizatória, inclusive com referência à integração do modelo jurídico italiano à realidade nacional¹¹⁶⁷, o certo é que, em grande parte dos casos, trata-se apenas de retórica.

Tal se infere a partir do simples exame destas situações, tanto em doutrina¹¹⁶⁸, quanto em jurisprudência¹¹⁶⁹ (ao menos naquelas predominantes), o que permite revelar que, no mais das vezes, a tendência majoritária é de associar ao dano injusto, tal qual se verifica na realidade jurídica portuguesa, um conteúdo que não corresponde integralmente àquele existente no sistema-paradigma, já que não traz em si nada mais do que o tradicional prejuízo decorrente de uma conduta antijurídica¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁷ Sobre o tema, GOMES, Orlando. **Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil**. In: TELES, Inocêncio Galvão (org.). Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha. Lisboa: FDUL, 1989, separata, pp. 73-74. O autor fala expressamente em um “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”. No mesmo norte, FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 251.

¹¹⁶⁸ Sobre o tema, MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 158, alude que “[c]ostuma-se referir ao dano injusto como aquele que preenche as condições para despertar a eficácia da indenização”, assim se entendendo “aquele causado por interferência externa, de outra pessoa, a partir da violação de direito da vítima, de modo a causar a lesão ao patrimônio ou à pessoa”; concorda-se com ambas as afirmações, porquanto, mesmo que de modo genérico, aludem, em última análise, ao que se tem genericamente denominado de dano juridicamente relevante. Com o que não se concorda é quando o autor afirma, ainda no intuito de delimitar no que consiste o dano injusto, que “o que torna o dano indenizável é o ato de decorrer de uma conduta antijurídica”, pois tal não condiz com a aceção atualmente encontrada na experiência italiana, que vai além disso, sob pena de se reduzi-lo ao mesmo dano que ensejava o dever de indenizar a partir da prática do ato ilícito.

¹¹⁶⁹ Neste sentido, apenas exemplificativamente: Apelação cível. (...). Dano injusto. Violação a direitos da personalidade. Dever de indenizar caracterizado. Cuidando-se de responsabilidade civil aquiliana, haverá o dever de indenizar se evidenciada a presença conjunta dos elementos caracterizadores do ato ilícito (art. 186 do CC). Hipótese dos autos em que o conjunto probatório respalda a versão da inicial. Fiscal Sanitário vítima de agressões verbais e submetido a sindicância administrativa por falsa denúncia de abuso de autoridade. Dano injusto. Ilícito absoluto. Configurada ofensa anormal a direitos de personalidade. Reputação profissional e dignidade pessoal do servidor público atingidas no episódio retratado no feito. Dever de indenizar caracterizado. (...) Apelos desprovidos. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70070961958. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva. Julg. em 24 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 29 jun. 2017). Consoante se infere da simples leitura da ementa do precedente, o que vem denominado de dano injusto não é nada mais senão o prejuízo sofrido pelo lesado que decorre de uma conduta definida como ilícita, nos moldes mais tradicionais da responsabilidade subjetiva, o que não corresponde, portanto, ao real *danno ingiusto* da experiência jurídica italiana, ao menos na sua integralidade e consoante a sua feição atual.

¹¹⁷⁰ É bem verdade que não obstante tal constitua uma tendência, já é possível verificar vozes dissonantes que, mesmo que não tragam a totalidade do conteúdo do conceito de dano injusto, passam a acentuar a imprescindibilidade do desvinculação entre as noções de injustiça e de antijuridicidade, com a observação de que aquele vocábulo, nos termos do artigo 2.043, “qualifica um dano que ofende um interesse merecedor de tutela”; neste sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado...**, cit., p. 251. Igualmente, SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., pp. 108-109 e 115-117. O mesmo sucede com a jurisprudência que, paulatinamente, já começa a sentir a necessidade desta mudança de paradigma, indo além da noção jurídica

Esta análise autoriza concluir que, a partir de uma crescente relevância de normas de imputação que prescindem da análise do comportamento do agente, a responsabilidade fundada no ato ilícito fragiliza-se na sua unitariedade, de modo que o conceito tradicional que lhe está subjacente (não se está a falar apenas da culpa, mas do de ato ilícito em si, com os seus demais pressupostos) não se mostra suficiente a justificar todas as situações em que é reconhecido o direito à reparação.

Daí que a estruturação de um regime geral de responsabilidade objetiva não pode estar centrada apenas na supressão do pressuposto da culpa¹¹⁷¹, o que tem por premissa a compreensão da existência destas reminiscências da gênese do instituto (ainda muito associada a uma resposta civilista nos moldes penalísticos). Tal leva a conclusão de que a simples transposição da estrutura delineada para a responsabilidade por ato ilícito (especialmente enquanto violação a direito absoluto = ilicitude) não se mostra eficiente e a simples eliminação dos pressupostos que lhes pareçam incompatíveis, insuficiente.

Em outras palavras, o emprego de uma noção juridicizada de dano – apta, portanto, a absorver parcelas do juízo de imputação que estavam alocadas em outros pressupostos – permite o abandono da sua aceção enquanto mero elemento objetivo de natureza material ou econômica. Com isso, introduz não apenas uma tecnicização do conceito, mas a preocupação de exaurir a consideração atribuída a elementos

antijuridicidade (de feição tipicamente penalística), com o fim especial de reconhecer que “[é] das mais importantes tendências da responsabilidade civil o deslocamento do fato ilícito, como ponto central, para cada vez mais se aproximar da reparação do dano injusto. Ainda que determinado ato tenha sido praticado no exercício de um direito reconhecido, haverá ilicitude se o fora em manifesto abuso, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos bons costumes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1555202/SP. 4ª Turma. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julg. em 13 dez. 2016. Public. em: DJe 16 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 jul. 2017).

¹¹⁷¹ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 34, fala na “necessità dell’abbandono di dogmi non più valevoli”, a fim de compreender “che l’obbligo del risarcimento riguarda il danno arrecato e non può concettualmente essere commisurato all’atto ilecito”, ponderando-se, diversamente do direito penal, pela extensão do dano e não pela gravidade da conduta (que mesmo enquanto elemento accidental, não tende a assumir a centralidade da responsabilidade civil). No mesmo sentido, advertindo para a ausência de sinonímia entre as designações “responsabilidade objetiva” e “responsabilidade sem culpa”, FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Noto Trattado...**, cit., pp. 518-519.

subjetivos do fato danoso, de modo a permitir que a prevalência da vontade ceda espaço a exigências de caráter objetivo¹¹⁷².

Ocorre que este fenômeno, não obstante preponderante, não é exclusivo do dano, cumprindo aferir a forma como se dá, em iguais termos, em relação ao nexo de causalidade.

2 O nexo de causalidade

Seguindo a linha de exposição preconizada para fins de demarcação da estrutura de um regime geral de responsabilidade objetiva e partindo da necessidade de se aferir a oportunidade/utilidade de cada um dos requisitos elencados pela doutrina tradicional como imprescindíveis ao surgimento da obrigação de indenizar, oportuno o exame do nexo de causalidade¹¹⁷³. Em linhas gerais, pode ser compreendido como a relação de causa e efeito entre o dano (elemento central da imputação) e o elemento de atribuição¹¹⁷⁴ da responsabilidade (no caso, um fato, um ato, uma atividade ou uma condição especial atribuível ao agente que se relaciona

¹¹⁷² RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 107-108. Não obstante estas constatações, o autor não deixa de registrar a aparente contradição existente na regra do artigo 2043 que, não obstante tenha introduzido uma marcada relevância ao elemento objetivo, com a associação do dano à injustiça, o que é uma clara inovação em relação ao sistema anterior, tenha mantido a tradicional configuração do elemento subjetivo (culpa ou dolo). É bem verdade que esta contradição restou por ser corrigida pela interpretação que foi dada ao preceito pela doutrina e pela jurisprudência italianas, reconhecendo na figura do dano injusto uma genuína cláusula geral reagrupadora de toda a responsabilidade civil extracontratual (aplicável, portanto, aos diversos regimes existentes), independentemente de estar conjugada no preceito que trata apenas da imputação por culpa.

¹¹⁷³ Neste particular, assume relevância o pressuposto em causa, pois, nas palavras de CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale...**, cit., p. 240, o nexo de causalidade apresenta-se como um critério a dar estrutura às *fattispecie* de responsabilidade objetiva.

¹¹⁷⁴ O ora dito elemento de atribuição aqui pode ser entendido como a circunstância fática ou jurídica da qual provém o dano; na origem, tratava-se do fato ilícito, o que se ampliou para outras possibilidades a partir da superação (mesmo que relativa) da responsabilidade subjetiva enquanto regime paradigmático. Não se confunde, portanto, com fator de atribuição, que é sinônimo de nexo de imputação (no caso, a culpa, o risco, a garantia ou mesmo uma imposição legal direta, no caso da responsabilidade pelo sacrifício). Sobre o tema, SANTOLIM, Cesar. **Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil no direito brasileiro e português**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, a. 3, n. 10, (pp. 8441-8467) 2014, pp. 8443-8445.

com um ato ou um fato), conectando-os para fins de que se possa operacionalizar a imputação.

De antemão, cumpre destacar que, tal qual sucede com o dano, a natureza preponderantemente objetiva do nexo de causalidade tende a, em um regime de responsabilidade nos moldes ora em estudo, atribuir-lhe relevada importância¹¹⁷⁵; tanto que não são raras as concepções que reconduzem a imputação objetiva a uma modalidade ressarcitória baseada na pura causalidade¹¹⁷⁶.

Ainda em um plano introdutório, deve-se assinalar que a origem do seu estudo transcende em muito a própria disciplina da responsabilidade civil ou mesmo o campo da ciência jurídica, porquanto a ideia de condição imprescindível ao surgimento de algo (noção de causa) pode ser encontrada não apenas na filosofia como nas próprias ciências naturais¹¹⁷⁷. É certo, todavia, que a significativa abertura pela qual passou o conteúdo dos diversos pressupostos da responsabilidade civil ao longo dos anos, após a sua sistematização moderna, transformou o nexo de causalidade num dos últimos baluartes de contenção da imputação, atribuindo-lhe verdadeira função de filtro de seleção dos danos indenizáveis¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵ Neste particular, bem adverte BUSSANI, Mauro. **La responsabilità civile...**, cit., pp. 576 e ss., inclusive nota 19, que a causalidade aquiliana e os seus critérios apresentam-se “quali strumenti maneggevoli e potenti per fissare volta a volta la linea di displuvio fra ciò che è lecito da ciò che non lo è, fra poste risarcibili e conseguenze dannose destinate a restare sulle spalle di chi le ha sofferte”. E arremata, assinalando que “[è] una duttilità, quella dei criteri causali, che – certo appare costante lungo l’intera storia del torto mostrano (e non solo), ma che – dalla crisi potrebbe trarre nuove ragioni e direzioni, dando luce a interessi e motivi che le nostre corti hanno talvolta lasciato in ombra”.

¹¹⁷⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos a propósito da responsabilidade objetiva**. Cascais: Principia, 2014, p. 79. Já se teve oportunidade de tratar a respeito, tendo-se assinalado não estar de acordo com a recondução da responsabilidade objetiva à pura causalidade. Sem prejuízo disso, contudo, a existência de teorias que reduzem a imputação a estes termos bem pode demonstrar a relevância do pressuposto em causa ao seu estudo.

¹¹⁷⁷ Assim ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno da risarcire e nesso causale**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile*. Padova: CEDAM, 2012, v. II, pp. 119-120. Acerca gênese jurídica da discussão sobre a causalidade, mesmo que com uma conotação penalística, ver MENDES, Paulo de Sousa. **Sobre a origem dos princípios jurídicos da causalidade e do domínio do fato. A Lex Aquilia de Damno Iniuria Datum**. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário Costa (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 1085 e ss. Para uma evolução da noção de causa, oportuna é a síntese formulada por SANTOLIM, Cesar. **Nexo de causalidade...**, cit., pp. 8445-8446. Ainda, com uma abordagem jusfilosófica sobre a temática, PEREIRA, Rui Soares. **Pressupostos filosóficos e científicos do nexo de causalidade**. Lisboa: AAFDL, 2017.

¹¹⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas...**, cit., pp. 78-79. A este propósito, MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., p. 219, fala no protagonismo do nexo de causalidade no campo da responsabilidade civil, com o que se está de acordo, especialmente tendo em conta que a demonstração da sua ruptura

Daí porque a imprescindibilidade de bem compreendê-lo, a fim de, com isso, poder-se agregar alguma contribuição à sistematização estruturante que se pretende levar a efeito. E esta tarefa passa, obrigatoriamente, pela compreensão da sua função no juízo de responsabilidade e pela delimitação da sua conformação jurídica hodiernamente relevante, inclusive no que toca às questões associadas à multicausalidade e à exclusão do dever indenizatório diante da sua ruptura, tudo numa perspectiva de construção dogmática de um regime geral de imputação objetiva.

2.1 A demarcação do nexa causal relevante à responsabilidade civil

Tal qual sucedeu com todos os demais pressupostos da imputação, também em relação ao nexa causal é possível evidenciar uma variação de conteúdo, especialmente tendo em vista as diversas – e preponderantes – funções que foram sendo atribuídas à responsabilidade civil ao longo dos tempos¹¹⁷⁹. Daí porque a relevância da demarcação da causalidade que, hodiernamente, mostra-se útil à operacionalização do instituto¹¹⁸⁰, com vistas a viabilizar uma proposta de regime geral, tal qual se busca no curso da investigação.

se apresenta, hoje, como um dos únicos caminhos aptos a elidir uma obrigação de indenizar. Tal constatação não deve, contudo, ser vista como absoluta, porquanto não apenas os demais pressupostos também passam por uma tentativa de revisão capaz de os reconduzir novamente ao centro do debate – tal qual, aliás, verificou-se no item relativo à (re)construção do conceito de dano em sentido jurídico –, como também o próprio nexa de causalidade enfrenta um certo grau de aeração que se opera por meio das diversas teorias relacionadas à sua presunção ou mesmo à sua dispensa em termos relativos, tal qual ocorre nos regimes de imputação agravada (também dita responsabilidade por risco integral), por exemplo.

¹¹⁷⁹ Neste particular, ganha relevo na doutrina uma crescente associação entre a gestão eficiente da responsabilidade civil por meio do nexa causal e a consecução da prevenção de danos. Sobre o tema, MONATERI, Pier Giuseppe. **Responsabilità civile (voce)**. AAVV. Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Torino: UTET, 2011, t. XVII, p. 12; ainda, FACCI, Giovanni. **Il nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile**. Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, v. 67, fasc. 1, 2002, pp. 151-153; SANTOLIM, Cesar. **Nexo de causalidade...**, cit., pp. 8460-8463. A questão, contudo, será melhor retomada quando da abordagem da relação entre as funções da responsabilidade civil e a imputação objetiva, sendo oportuna, por ora, apenas a delimitação do conteúdo e da operabilidade do pressuposto em causa.

¹¹⁸⁰ Assinalando a importância da causalidade como critério delimitador da ressarcibilidade, ver CAPECCHI, Marco. **Il nesso di causalità**. Da elemento della fattispecie ‘fatto illecito’ a criterio di limitazione di risarcimento del danno. 2ed. Padova, CEDAM, 2005. Igualmente, tratando da relação

E uma das razões que tem contribuído para viabilizar esta mutação de conteúdo – sem desconsiderar, por evidente, o fato de que está intimamente ligada à própria evolução da responsabilidade civil – reside no fato de que, de regra, os Códigos Civis não lançam mão de uma definição suficientemente precisa de nexo de causalidade, limitando-se a fornecer alguns elementos que, quando interpretados (por isso a possibilidade de variação), podem ser empregados na sua delimitação¹¹⁸¹.

Por isso, como dito, a relevância da adequada compreensão do que foi possível construir a partir das balizas postas no Código Civil, de modo a delimitar um conceito que, aplicável à responsabilidade civil em sentido amplo – negocial ou aquiliana –, seja útil a satisfazer as necessidades normativas de uma estrutura geral da imputação objetiva.

entre causalidade e imputação, LICCI, Giorgio. **Teorie causali e rapporto di imputazione**. Napoli: Jovene, 1996.

¹¹⁸¹ FACCI, Giovanni. **Il nesso di causalità...**, cit., p. 144. Conforme refere o autor – tendo por base a realidade vigente no sistema jurídico italiano que, contudo, não se afasta de modo considerável dos demais sob comparação –, enquanto o Código Penal daquele país, nos seus artigos 40 e 41, traz os contornos bem claros do nexo causal imprescindível ao surgimento da responsabilidade criminal, o Código Civil tende a não ser suficientemente preciso a respeito. Tanto que, em matéria de responsabilidade civil, existem apenas alguns marcos de delimitação que podem ser extraídos, respectivamente, do artigo 2.043, quando alude, por meio da expressão *cagiona* (“...che cagiona ad altri un danno ingiusto...”), à ideia de causa, e do artigo 1.223 que, mesmo tratando da responsabilidade obrigacional, faz referência ao dano enquanto “consequenza immediata e diretta” do inadimplemento, aplicável extensivamente à imputação aquiliana. Igualmente a respeito do tema, com um amplo panorama da doutrina italiana, BLAIOTTA, Rocco. **La causalità nella responsabilità professionale**. Tra teoria e prassi. Milano: Giuffrè, 2004. Esta realidade é bastante similar àquela vigente no sistema jurídico brasileiro, no qual também o Código Civil silencia quanto à precisa demarcação do nexo causal relevante à responsabilidade extracontratual, sendo necessário lançar-se mão, de igual modo, da aplicação extensiva da regra do artigo 403 que, tal qual o *Codice*, trata originalmente das consequências do incumprimento obrigacional e faz alusão à mesma expressão (efeito *direito e immediato*); já o Código Penal brasileiro, ao seu turno (novamente de modo semelhante ao que sucede em Itália), contém dispositivo expresso sobre a matéria, dispondo, no seu artigo 13, *in fine*, que “[c]onsidera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Exceção deve ser feita ao sistema jurídico português, no qual Código de 1966 dispensa um preceito específico para tratar do nexo de causalidade (artigo 563), o qual disciplina que “[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Sobre o tema, ver COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. IX, 1951, pp. 65 e ss. Deve-se reconhecer que o preceito português dá indícios mais consistentes acerca da sua opção jurídica, se comparado às regulações (um tanto incompletas) italiana e brasileira. O tema será retomando em momento oportuno, quando do tratamento das teorias desenvolvidas acerca da causalidade na responsabilidade civil e da compatibilidade de cada uma delas com os preceitos vigentes nas ordens jurídicas sob comparação.

2.1.1 *Da causalidade fática à causalidade jurídica*

O primeiro ponto de suma relevância à tarefa ora proposta está no exame do processo de juridicização pelo qual passou o pressuposto em causa, o qual permitiu a sua recondução de uma ideia de causalidade puramente fática a uma genuína causalidade jurídica.

Como referido precedentemente, a noção de causa é inerente às ciências como um todo, noção esta que, contudo, tende a estar preponderantemente associada a raciocínios lógicos de cunho naturalístico¹¹⁸². Tanto que a necessidade da verificação de um liame de causa e efeito entre o prejuízo e o evento definido por lei como fator de imputação – assim compreendido enquanto pressuposto autônomo em relação aos demais – é consensualmente exigível desde as origens romanas, passando por todas as subsequentes fases evolutivas do instituto¹¹⁸³, o que não poderia ser diverso em um pretense regime geral de responsabilidade objetiva.

Para tanto, deve-se ter presente que, na essência, a delimitação do nexo causal pressupõe questionamento acerca de relação existente entre o prejuízo sofrido e o fator de imputação por meio do qual se estabelece o vínculo obrigacional¹¹⁸⁴. E tal permite inferir que, em linhas gerais, a causa de um dano, do ponto de vista ainda estritamente naturalístico, será o fato a ele antecedente que concorre para sua ocorrência ou para o seu agravamento¹¹⁸⁵.

A grande questão está em bem precisar a forma como se opera o processo de juridicização deste vínculo, o que tem uma dinâmica quiçá um tanto diversa do que sucedera com o conceito de dano, já que não implica propriamente na transição de um modelo para o outro, mas de uma coexistência entre ambas as acepções (naturalística e normativa).

¹¹⁸² ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., p. 119.

¹¹⁸³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos de la responsabilidad civil**. Prejuicio, culpa y relación de causalidad. Trad. colombiana. Bogotá: Leyer, 2005, p. 455.

¹¹⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. Lisboa: AAFDL, 1986, v. 2, reimpressão, p. 333.

¹¹⁸⁵ NORONHA, Fernando. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade Civil. Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 540.

A primeira premissa à sobredita juridicização está no reconhecimento de que o dano que releva ao direito não se pode coligar a todo e qualquer antecedente a ele associado, sob pena de uma ampliação indevida da responsabilidade civil. Dito de outro modo, cumpre reconhecer a necessidade de se circunscrever a imputação somente a certas consequências danosas¹¹⁸⁶, o que se opera, também, por meio da imposição de alguma restrição relativamente aos liames de causa e efeito que se podem estabelecer entre o prejuízo e o fator de atribuição.

A segunda premissa está na identificação de que o campo de operatividade do nexo causal é dúplice, na medida em que se conecta tanto ao dano considerando enquanto efeito lesivo, quanto ao dano assim entendido como consequência a ser ressarcida¹¹⁸⁷. Diante disso, é possível afirmar que, em matéria de imputação civil, devem ser individualizadas duas relações causais distintas e autônomas entre si: uma primeira, que se estabelece entre a conduta (em sentido lato, de modo a abranger todos os fatores de atribuição previstos em lei) e o evento lesivo; e uma segunda, entre o nexo de imputação (que já neste momento abrange de modo unitário a

¹¹⁸⁶ BRIGANTI, Ernesto. **Tradizione e novità...**, cit., p. 303. Um exemplo talvez contribua à compreensão do exposto. Para tanto, basta que se tome a queda de um objeto proveniente de um prédio – situação que, *prima facie*, tende a submeter-se a um regime de imputação objetiva –, queda esta que atinge um pedestre, causando-lhe lesões. Neste caso, primeiramente se deve estabelecer um nexo causal entre o fato em si (queda do objeto) e a violação de um interesse jurídico do lesado, no caso, a sua integridade física; estabelecida esta relação de causa e efeito, passa-se a verificar se existe nexo etiológico entre este fato agora complexo (queda do objeto proveniente de uma sacada que atinge um pedestre, violando a sua integridade) e os prejuízos dele decorrentes, no caso, por exemplo, eventuais lesões corporais, custos com tratamento, dias de trabalho perdido, etc.

¹¹⁸⁷ SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 224; INFANTINO, Marta. **Il diritto comparato della causalità aquiliana**. *Rivista di Diritto Civile*, a. LIX, n. 3, pp. 569-589, mag./giu. 2013, p. 572. Ainda no mesmo norte, FACCI, Giovanni. **Il nesso di causalità...**, cit., p. 145, quanto afirma que “[l]a causalità, quindi, è uno dei vari strumenti utilizzati sia per imputare un danno ad un responsabile, sia per determinare le conseguenze di un fatto illecito risarcibile”. Parcela da doutrina portuguesa também se tem mostrado sensível ao reconhecimento desta realidade. Tanto que, neste sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, cit., p. 605, observa que, de um modo geral (ou seja, em todo e qualquer regime), não obstante o nexo causal venha tratado enquanto pressuposto da responsabilidade civil, a sua função é dúplice, pois faz as vezes, ainda, de “medida da obrigação de indenizar”, tal qual, aliás, sucede com o dano em si mesmo considerado. Não é, contudo, uma realidade uniforme, sendo possível inferir que a tendência majoritária é uma abordagem assim dita tradicional – nos moldes do que predomina na doutrina brasileira – a partir da qual o nexo de causalidade é uma relação que se estabelece apenas e diretamente entre o fato gerador da responsabilidade e o dano; assim conclui ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil**. A sobreposição das concepções normativas. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra, 2010, v. III, p. 181.

conduta e o evento) e o prejuízo em si mesmo considerado enquanto perda de uma utilidade tutelada pelo direito¹¹⁸⁸.

Como consequência deste processo dual¹¹⁸⁹ e tendo em vista os elementos que bastam a demonstrar a existência, ou não, de nexo de causalidade em cada uma destas etapas, pode-se afirmar que, num plano inicial, busca-se a existência de uma causalidade naturalística – aqui estabelecida entre a conduta e o evento – e, à vista dela, num segundo plano, uma causalidade normativa, que se estabelecerá em relação aos prejuízos efetivamente suportados em razão do evento¹¹⁹⁰. A soma de ambas as causalidades é que se mostrará apta a coligar juridicamente o fato (em sentido amplo) imputável ao agente que se pretende responsável e o dano suportado pela vítima, fazendo nascer o vínculo obrigacional respectivo¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ ROSSI, Cristiana. **Niente risarcimento se non è provato il nesso di causalità**. Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, v. 39, fasc. 3, pp. 777-788, 2004, pp. 785-787. Na mesma toada, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 549-550, quando refere que enquanto no primeiro plano de valoração dá-se a incidência de um filtro negativo operacionalizado *pela condicio sine qua non*, com o fim de delimitar se o fator de imputação de responsabilidade foi relevante, em linhas gerais, à causação do dano, no segundo dá-se a formulação de um “juízo humano de implicação” que se materializa por intermédio da noção de adequação, a qual poderá ser “enriquecida ao infinito com múltiplas considerações”.

¹¹⁸⁹ Como observa a ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Causalidade e imputação...**, cit., p. 181, a dupla averiguação do nexo causal tem origem na doutrina alemã e remonta a Mommsen e a Windscheid, distinguindo a “causalidade que fundamenta a responsabilidade” (*haftungsbegründende Kausalität*) da “causalidade que delimita a responsabilidade” (*haftungsausfüllende Kausalität*). Esta dualidade, de igual sorte, foi recepcionada pela jurisprudência portuguesa, a qual tem reconhecido que “para que um facto seja causa de um dano é necessário, antes de mais, no plano naturalístico, que ele seja condição sem a qual o dano não se teria verificado (nexo naturalístico), e, depois, que, em abstracto ou em geral, seja causa adequada do dano (nexo de adequação). O nexo naturalístico de causalidade integra matéria de facto (...); o nexo de adequação (...) integra matéria de direito respeitante à interpretação e aplicação do disposto no art.º 563º do Cód. Civil” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 03A2684. Rel. Cons. Silva Salazar. J. em 07 out. 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>. Acesso em: 30 set. 2017).

¹¹⁹⁰ Quanto ao primeiro plano, FACCI, Giovanni. **Il nesso di causalità...**, cit., p. 145, fala da função do pressuposto em causa para a imputação do fato ao responsável; já no segundo plano, fala na determinação do montante do dano suportado pelo ofendido.

¹¹⁹¹ Neste particular, consoante refere BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos...**, cit., p. 95, “[a] questão da causalidade transmuta-se, afinal, num problema normativo. Na dupla vertente: enquanto requisito de recondução do evento lesivo a uma esfera de risco – cumprindo, portanto, a delimitação imputacional primária; e enquanto critério de delimitação dos danos indemnizáveis”. Não obstante a constatação acerca da normatividade do pressuposto e da forma como se operacionaliza apresente-se apropriada e com ela se comungue, não se está de acordo com a alusão à ideia de recondução a uma esfera de risco, isso em decorrência do fato de que as premissas sobre as quais se funda a responsabilidade civil objetiva, a partir da construção proposta pela autora, são diversas daquelas envolvidas no curso da presente investigação. Sobre o tema, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Responsabilidade civil extracontratual**. Novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade. Cascais: Príncipia, 2014, pp. 27 e ss., para quem, em apertada síntese, a imputação objetiva não decorre da

Dito esquema estrutural, não obstante tenha a sua origem na responsabilidade por ato ilícito, aplica-se integralmente em um regime geral de matriz objetiva, seja qual for o nexo de imputação presente na *fattispecie*. E isso se deve ao fato de que, nestes casos, a relação de causalidade deve-se estabelecer entre o evento danoso e o fato ou a coisa que se conectam com o sujeito responsável¹¹⁹².

E, especificamente no que tange à relevância do nexo causal no juízo de responsabilidade, deve-se ter presente que, não obstante a sobredita necessidade de demarcação dos danos que relevam à imputação, a sua função não está propriamente associada à delimitação do círculo indenizável. O processo dual de aferição antes destacado e as relevâncias, ao mesmo tempo, naturalística e normativa próprias de cada etapa da sua aferição permitem reconhecer que a finalidade do pressuposto em causa está atrelada, em verdade, à limitação do alcance da indenização¹¹⁹³.

Nesta linha, enquanto a verificação de um dano juridicamente relevante (para não o dizer *injusto*) estabelece a imputação de responsabilidade a partir de critérios postos no ordenamento como aptos a legitimar uma transferência de ônus do lesado ao sujeito dito responsável, o nexo de causalidade terá por finalidade precípua – e sem prejuízo da sua aferição naturalística inicial – demarcar a extensão dos prejuízos que serão abrangidos pelo respectivo dever de indenizar.

A dificuldade verificável na aplicação desta estrutura de aferição do nexo causal em estudo reside no fato de que nem sempre a causa é unitária e daí a riqueza dos problemas inerentes à concausalidade. Por isso se mostra imprescindível a delimitação das bases segundo as quais, do ponto de vista jurídico, os múltiplos fatores

existência de um dano juridicamente relevante que se legitima no princípio da solidariedade, mas de uma ação humana livre e, por isso, responsável, que se associa a uma determinada esfera de risco estabelecida em lei. Todavia, consoante já se teve oportunidade de analisar precedentemente, entende-se que o risco não é suficiente à legitimação de todas as situações de responsabilidade objetiva, ponto em relação ao qual se está, por isso, a divergir da referida autora.

¹¹⁹² VISINTINI, Giovanna. *Cos'è...*, cit., p. 315.

¹¹⁹³ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Estudos...*, cit., pp. 86 e 90. Nesta linha, “o que interessa ao nexo de causalidade (de condicionalidade e não de adequação) não é o dano abstractamente considerado, mas antes o dano concreto (...), nas circunstâncias fácticas, de tempo, lugar e modo”; assim, PINTO, Paulo Mota. **Sobre condição e causa na responsabilidade civil**. Nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra, 2008, v. III, pp. 940-941, nota 16.

que concorrem ao prejuízo serão considerados suficientes a satisfazer o pressuposto respectivo da imputação.

Exatamente por isso é que se mostra imprescindível analisar a (ir)relevância jurídica da distinção entre condição e causa, aquela representada por todo os fatores que estão na origem do dano e esta, por sua vez, pelas condições tomadas como efetivamente determinantes para a consecução do resultado¹¹⁹⁴. E tal pode ser feito por intermédio do exame das diversas teorias que tratam do nexo de causalidade na responsabilidade civil.

2.1.2 As teorias ditas clássicas sobre a causalidade

A partir das premissas postas no item precedente – até mesmo como manifestação da concretização do processo normativo antes assinalado¹¹⁹⁵ –, foram desenvolvidas uma série de teorias tendentes a demarcar o nexo causal relevante ao vínculo obrigacional indenizatório. O objetivo destas construções é precisar em que medida uma determinada causa pode ser considerada juridicamente relevante ao juízo de imputação, ou seja, qual ou quais dentre os eventos precedentes ao prejuízo basta(m) a satisfazer a necessidade da verificação do nexo causal enquanto pressuposto do dever de reparar, na medida em que podem ser indicados como dele determinantes¹¹⁹⁶.

Tendo em vista todos os esforços direcionados a este fim e mesmo sendo variados os desenvolvimentos teóricos acerca do tema, é possível reconhecer – a partir

¹¹⁹⁴ NORONHA, Fernando. **O nexo de causalidade...**, cit., p. 541. Ainda segundo o autor, em essência, as causas não têm natureza diversa das condições; o cerne do problema põe-se na delimitação da relevância das condições à efetiva causação do dano.

¹¹⁹⁵ Deve-se desde logo advertir que a assim dita “normatização” do nexo causal é fenômeno que tem natureza multifacetada, pois encerra a aferição bifásica destacada no item precedente, bem como uma série de outras tendências – que serão analisadas na sequência – voltadas à redução da importância de uma valoração meramente naturalística da noção de causa e que se manifestam por meio das também ditas teorias normativas da causalidade. Acerca deste fenômeno, cumpre assinalar que várias são as razões que o justificam, sendo a principal delas o fim da ilusão de se poder reconduzir a critérios científicos todas as situações de causalidade (por meio da subsunção do fato em leis científicas), com o fim de fornecer certezas absolutas que nem sempre são viáveis. Sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità...**, cit., p. 813.

¹¹⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., p. 224. No mesmo norte, NORONHA, Fernando. **O nexo de causalidade...**, cit., p. 541.

de uma abordagem assim dita *clássica* – que as mencionadas construções tendem a se situar entre dois modelos aparentemente antitéticos polarizados pelos critérios da *condicio sine qua non* (ou da equivalência das condições) e da causalidade adequada¹¹⁹⁷. Nestes termos, enquanto para aquela teoria, ao não se diferenciar causa de condição, todas têm a mesma relevância jurídica, pois concorrem de algum modo à causação do dano, para esta (causalidade adequada) são considerados relevantes somente os antecedentes que são não apenas necessários, mas também adequados¹¹⁹⁸ a produzirem, *per se*, o resultado¹¹⁹⁹.

O exame da estruturação proposta por ambas as teorias – que se constituem em ponto de partida para outras construções¹²⁰⁰ – permite concluir que a

¹¹⁹⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. **Responsabilità civile (voce)**, cit., p. 11. Em verdade, várias são as construções a respeito, sendo referidas as teorias em causa apenas pelo fato de, ao sintetizarem na essência a principal divergência existente sobre o tema e encontrarem aplicação efetiva mais consistente, interessam com mais atenção ao estudo em curso. Para uma síntese sobre as diversas construções a respeito, inclusive com remissão às suas origens penalísticas, nomeadamente na doutrina germânica, ver ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., pp. 122-137; também, LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 343-347; MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., pp. 234-237.

¹¹⁹⁸ Esta adequação deve ser proveniente da verificação de que a causa indicada como relevante faz parte de uma sucessão normal do evento danoso, o que corresponde a uma probabilidade aceitável de que possa produzir o prejuízo; assim, MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. **Nesso di causalità (dir. civile)**. In: AAVV. *Enciclopedia Giuridica Treccani (Diritto on line)*. Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/nesso-causale-dir-civ_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/nesso-causale-dir-civ_(Diritto-on-line)/)>. Acesso em: 03 ago. 2017, p. 03.

¹¹⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 72-73. Dito de outro modo, enquanto na teoria da equivalência será causa toda condição na falta da qual o evento não ocorreria, na teoria da causalidade adequada o será apenas a condição que, aferida *ex ante*, tenha a objetiva possibilidade de, por si só, causar o evento; assim, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**. 2ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 227. Ambas as teorias são largamente tratadas pela doutrina – até mesmo por serem aquelas predominantemente aceitas nos mais variados sistemas –, de modo que uma abordagem exaustiva acerca da evolução dos seus termos ou das nuances de cada uma delas não se mostraria viável no presente momento. A respeito, consinta-se reenviar à síntese contida em MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. **Nesso di causalità**, cit., pp. 02-05.

¹²⁰⁰ Entre os dois extremos existe uma série de formulações, com maior relevo em matéria civil para as assim denominadas teoria da última condição ou da causalidade próxima, teoria da condição/causalidade eficiente, teoria da causalidade necessária, teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexo causal, dentre outras. Sobre o tema, ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., pp. 122-137; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 532-534; LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 344-346; MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., pp. 228-237; dentre outros. Merece apenas uma referência especial a última nominada que, consoante parcela da doutrina brasileira, teria sido a adotada pelo Código Civil de 2002; neste norte, inclusive com menção a precedente do Supremo Tribunal Federal que teria assentado a teoria do dano direto e imediato como a eleita pela ordem jurídica brasileira – sem prejuízo de inúmeras decisões posteriores do Superior Tribunal de Justiça referindo a adoção da causalidade adequada –, ver TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**. In: ____ (org.). *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, pp. 65 e ss.

causalidade adequada¹²⁰¹ constitui uma tentativa de sofisticação da equivalência dos antecedentes¹²⁰², na medida em que precisa a noção de causa¹²⁰³, não obstante ainda estejam, ambas, amparadas em elementos de cunho predominantemente naturalístico¹²⁰⁴. Tanto que, no mais das vezes, seja uma ou outra, carecem de alguma temperança para fins de viabilizar uma aplicação prática satisfatória, sob pena de conduzirem a resultados indesejados no que tange à extensão da responsabilidade¹²⁰⁵.

Quanto à escolha da noção de causalidade relevante para fins de estabelecimento de um juízo de imputação, os sistemas jurídicos em comparação, aparentemente, tendem a divergir a respeito. Isso porque enquanto a teoria da

¹²⁰¹ A teoria da causalidade adequada, sem prejuízo da síntese geral antes posta, pode materializar-se por meio de duas espécies de formulação: uma dita positiva, segundo a qual “o fato será causa adequada do dano, sempre que constitua uma consequência normal ou típica daquele, ou seja, sempre que, verificado o fato, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como um efeito provável dessa verificação”, e outra dita negativa, nos termos da qual o fato deixa de ser causa “segundo a sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele, em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, sendo portanto inadequada para este dano”; sobre o tema, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., pp. 890-891, inclusive nota 1. Consoante observa NORONHA, Fernando. **O nexo de causalidade...**, cit., pp. 554-556, o que o faz, inclusive, com base na doutrina portuguesa, a formulação negativa é preferível por várias razões de ordem prática, dentre elas e especialmente por deixar evidente a razão pela qual subsiste o nexo causal mesmo nas hipóteses em que outros fatos contribuam para o dano.

¹²⁰² A teoria da equivalência, na sua aplicação pura, tende a apresentar-se como inadequada, pois permite imputar o dano a eventos que apenas em decorrência de uma incontável sucessão causal poder-se-iam constituir *condiciones sine quibus non*. Assim, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 532.

¹²⁰³ Para este fim, como assinala PINTO, Paulo Mota. **Sobre condição e causa...**, cit., p. 932, trata-se de reconhecer a existência de uma “assimetria entre os elementos causais em presença” ou, dito de outro modo, de precisar que uma causa foi determinante e outra não.

¹²⁰⁴ SANTOLIM, Cesar. **Nexo de causalidade...**, cit., p. 8446. Na mesma linha, consoante sintetiza COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Reflexões sobre a obrigação de indemnização**. Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, a. 134, n. 3931 e 3932 (pp. 290-299), fev./mar. 2002, p. 291-292, a causalidade adequada parte das mesmas premissas da equivalência das condições, pois, “em princípio, toda condição ‘sine qua non’ de um evento danoso deve ser considerada como sua causa”, com a diferença de que exige a “correspondência entre condicionalidade e causalidade”, que deixará de se verificar toda vez que, a partir de regras de experiência, “não se possa afirmar, em termos de probabilidade, que o facto originaria normalmente o dano”.

¹²⁰⁵ Segundo MONTEIRO, Jorge Sinde. **Rudimentos da responsabilidade civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, a. II, pp. 349-390, 2005, p. 379, esta necessidade de abrandamento ou temperança – a induzir, em razão disso, uma aparente falha ou, ao menos, uma inegável insuficiência das teorias desenvolvidas a partir da tentativa de se propor uma hierarquização dos fatos que, de algum modo, concorrem para o prejuízo – decorre do reconhecimento de que, em verdade, “entre causa e condição não existe de facto uma diferença objetiva, independentemente da perspectiva em que se coloque o observador”, pelo que “[r]espoder à questão de saber até onde a mera causação de um dano deve implicar responsabilidade exige uma valoração estranha ao conceito de causa enquanto tal”, pois “se trata é de saber, em que termos, para efeitos jurídicos, um dano deve ser imputado à esfera de responsabilidade do (eventualmente) obrigado à indenização”.

causalidade adequada é reconhecida como a opção dos ordenamentos portugueses¹²⁰⁶ e brasileiro¹²⁰⁷, a experiência italiana parece oscilar entre esta e a teoria da equivalência

¹²⁰⁶ Tal se extrai da leitura do disposto no artigo 563 do Código Civil português, segundo o qual “[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”, não obstante críticas possam ser feitas à sua redação, especialmente tendo em conta os termos mais aceitos da teoria da causalidade adequada. Neste sentido, TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 408-409; também na mesma toada, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., p. 898; MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 113; LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 346; FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 101; dentre outros. Não discrepa o entendimento da jurisprudência, sendo inúmeros os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça a reconhecer que “[o] ordenamento jurídico nacional consagra a doutrina da causalidade adequada, ou da imputação normativa de um resultado danoso à conduta reprovável do agente, nos casos em que pela via da prognose póstuma se possa concluir que tal resultado, segundo a experiência comum, possa ser atribuído ao agente como coisa sua, produzida por ele, mas na sua formulação negativa, porquanto não pressupõe a exclusividade da condição como, só por si, determinante do dano, aceitando que na sua produção possam ter intervindo outros factos concomitantes ou posteriores” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 488/09.4TBESP.P1.S1, 1ª Secção, rel. Cons. Hélder Roque, j. em 05 fev. 2013), o que pode ser sintetizado por meio da ideia de que “[n]em todas as causas fácticas ou naturalísticas poderão ser juridicamente havidas como causa do dano ocorrido; para tanto, hão de integrar o critério da causalidade adequada, constante do citado art. 563.º do CC” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 1523/13.7T2AVR.P1.S1, 7ª Secção, rel. Cons.ª Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, j. em 27 abr. 2017). No mesmo sentido, exemplificativamente, Processo n. 820/07.5TBMCN.P1.S1, 6ª Secção, rel. Cons. Fonseca Ramos, j. em 29 nov. 2016; Processo n. 540/13.1T2AVR.P1.S1, 1ª Secção, rel. Cons. Alexandre Reis, j. em 11 jan. 2017; Processo n. 12617/11.3T2SNT.L1.S1.S1, 7ª Secção, rel. Cons. Olindo Geraldes, j. em 30 mar. 2017; dentre outros tantos, todos disponíveis em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf?OpenDatabase>>; acesso em 26 jul. 2017.

¹²⁰⁷ O Código Civil brasileiro não contém uma disciplina tão clara quanto a que se verifica no congêneres português. Não obstante isso, a doutrina tem convergido quanto à adoção da causalidade adequada, o que se sustenta na regra do artigo 403 do Código Civil (mesmo que inserido no capítulo relativo às consequências do incumprimento obrigacional, que vai estendido às demais situações de responsabilidade), segundo o qual “[a]inda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Neste sentido, CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., p. 73; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, cit., p. 43; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, n. 718, (pp. 33-53) ago. 1995, pp. 51-52; COUTO E SILVA, Clóvis do. **Dever de indenizar**. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 195; dentre outros. Este entendimento é majoritariamente acompanhado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça cujos acórdãos têm asseverado que “[a] doutrina endossada pela jurisprudência desta Corte é a de que o nexo de causalidade deve ser aferido com base na teoria da causalidade adequada, adotada explicitamente pela legislação civil brasileira (CC/1916, art. 1.060 e CC/2002, art. 403), segundo a qual somente se considera existente o nexo causal quando a ação ou omissão do agente for determinante e diretamente ligada ao prejuízo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1615971/DF, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. em 27 set. 2016); no mesmo sentido, Recurso Especial n. 1433566/RS, 3ª Turma, rel. Min.ª Nancy Andrighi, j. em 25 mai. 2017; Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial n. 754859/GO, 2ª Turma, rel. Min.ª Assusete Magalhães, j. em 02 jun. 2016; Recurso Especial n. 1307032/PR, 4ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, j. em 18 jun. 2013; dentre outros. Todos os precedentes citados estão disponíveis em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>; acesso em 26 jul. 2017.

dos antecedentes, ora com uma aplicação mitigada da última¹²⁰⁸, ora com uma mescla de ambas¹²⁰⁹.

Do ponto de vista da concretização dos preceitos teóricos desenvolvidos, deve-se reconhecer que, conjugando os elementos normativos disponíveis nos Códigos Civis e sem prejuízo do reconhecimento de um esforço evolutivo de interpretação, a jurisprudência tende a fixar o nexo de causalidade a partir do exame do caso concreto e de forma, por vezes, bastante intuitiva. Tal se dá, inclusive, com referências alternadas às principais teorias acerca do tema, o que é feito na inquestionável tentativa de estabelecer um liame de necessariedade entre a atuação relevante (comissiva, omissiva ou organizacional, no caso das atividades ou da titularidade de

¹²⁰⁸ GIANTI, Davide. **L'accertamento dell'elemento oggettivo dell'illecito**. Dal nesso di causalità in senso classico alla odierna causalità normativa. The Cardozo Eletronic Law Bulletin, Torino, v. 22, n. 1, pp. 01-51, 2016, p. 22, nota 60. Segundo assinala o autor, o que o faz amparado em inúmeros precedentes da Corte de Cassação, a jurisprudência tende a aplicar o que denomina de teoria “corretiva” da *condicio sine qua non*, associada à delimitação da causa que, dentre as concorrentes, mostre-se eficiente à produção do resultado; tal se dá, contudo, pelo que se pode inferir da fundamentação contida nos julgamentos, por meio de uma aplicação imprópria da teoria.

¹²⁰⁹ CASTRONOVO, Carlo. **Sentirei...**, cit., p. 813. No mesmo sentido, sustentando uma aplicação combinada das teorias da *condicio sine qua non* e da causalidade adequada, ROSSI, Cristiana. **Niente rissarcimento...**, cit., p. 787, nota 25. Esta concepção tende a se refletir na jurisprudência que, segundo ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., p. 119, inclusive nota 115, apresenta-se vacilante a respeito das teorias aplicáveis à determinação do nexo causal. Tal, aliás, pode ser inferido de decisão proferida pela Suprema Corte italiana segundo a qual “[i]n tema di responsabilità civile extracontrattuale, il nesso causale tra la condotta illecita ed il danno è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., in base al quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla scorta del quale, all'interno della serie causale, occorre dare rilievo solo a quegli eventi che non appaiano – ad una valutazione “ex ante” – del tutto inverosimili. Ne consegue che, ai fini della riconducibilità dell'evento dannoso ad un determinato fatto o comportamento, non è sufficiente che tra l'antecedente ed il dato consequenziale sussista un rapporto di sequenza temporale, essendo invece necessario che tale rapporto integri gli estremi di una sequenza possibile, alla stregua di un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza non imprevedibile dell'antecedente”. (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Civile III. Sentenza n. 12923, di 23 giu. 2015. Disponível em: <http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/14/0000070155/Corte_di_Cassazione_sez_III_Civile_sentenza_n_12923_15_depositata_il_23_giugno.html>. Acesso em 03 ago. 2017). Esta mesma orientação foi seguida nas sentenças n. 11609, de 31 mai. 2005 (Sezione III), n. 8885, de 14 abr. 2010 (Sezione Lavoro), n. 26042, de 23 dez. 2010 (Sezione I), e n. 15991, de 21 jul. 2011 (Sezione III), dentre outras, consoante assinala FABBRICATORE, Alfonso. **Nesso eziologico e risarcimento del danno: alcune perplessità**. Persona e danno (a cura di Paolo Cendon), Trieste, 11 lug. 2015. Disponível em <<https://www.personaedanno.it/articolo/nesso-eziologico-e-risarcimento-del-danno-alcune-perplessit-cass-1292315-a-fabbricatore>>. Acesso em 06 ago. 2017. Ao que se infere, trata-se, efetivamente, de uma aplicação combinada das teorias da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada.

uma condição previstas em lei) e o prejuízo sofrido, que passam a se conectar a partir de uma relação de causa e efeito¹²¹⁰.

Em verdade, tal qual já referido precedentemente, nenhuma das teorias em causa – ou mesmo qualquer das demais a elas próximas – é suficientemente adequada a resolver de modo eficiente a totalidade dos problemas envolvendo causalidade em matéria de responsabilidade civil¹²¹¹. Tanto que, em razão disso e sem prejuízo da pretensa filiação dos sistemas jurídicos a uma ou outra construção, é possível verificar, na prática, uma aplicação imprecisa dos seus termos, tudo com o objetivo de encontrar soluções que se mostrem oportunas ao caso concreto e permitam uma utilização adequada do instituto da responsabilidade civil, sem restrições ou ampliações indevidas que poderiam decorrer de um manejo insuficiente ou inadequado do pressuposto do nexo de causalidade¹²¹².

2.1.3 *As teorias normativas da causalidade*

O cenário até então delineado, apto que está a demonstrar as dificuldades de solução de uma série de situações apenas a partir da dicotomia entre equivalência das condições e causalidade adequada, abre espaço a que se possam legitimar teorias

¹²¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**, cit., p. 70. Com a mesma percepção, BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**, cit., p. 31, assinalam que, independentemente de eventuais divergências dogmáticas ou mesmo metodológicas a respeito da limitação do nexo de causalidade, um exame em perspectiva comparatista permite concluir que as diferenças entre os sistemas atenuam-se sensivelmente, reconduzindo, mesmo que por meio do recurso a uma inegável “precompreensão” ou ao “senso del giusto” do aplicador, a resultados práticos muito semelhantes.

¹²¹¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 548. O autor é categórico em afirmar que, sobre o tema, “não existe, no estado actual da Ciência do Direito, fórmulas universais válidas”, de modo que uma noção útil e efetiva de causalidade deverá ser construída a partir do caso concreto, tendo em conta as diretrizes jurídicas vigentes. Com a mesma percepção, NORONHA, Fernando. **O nexo de causalidade...**, cit., p. 542. Para uma síntese acerca das críticas às teorias da *Conditio* e da causalidade adequada, ver BARBOSA, Mafalda Miranda. **Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: breves considerações**. FIDES – Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, Natal, v. 8, n. 2, jul./dez. 2017, pp. 177 e ss.

¹²¹² Estes indícios têm levado parte da doutrina a criticar, especialmente em Portugal e no Brasil, a pretensa adoção da causalidade adequada, já que os seus termos são, na prática, pouco explicativos, apresentando-se a formulação baseada no conceito de adequação como um espaço a ser livremente completado a partir do senso comum e de juízos éticos imprecisos que, no fim, remetem à riqueza do caso concreto a demarcação do conceito jurídico em causa. Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 534-535.

outras desenvolvidas com o objetivo de contribuir para uma melhor demarcação do nexo causal relevante à responsabilidade civil.

Neste particular, adquirem relevo as construções que, mesmo partindo de uma aferição nos moldes da *condicio sine qua non*¹²¹³, tendem a agregar-lhe uma conformação preponderantemente jurídica (ao contrário da causalidade adequada e das suas variantes). E tal se dá por meio de critérios predispostos a determinar a oportunidade, no caso posto, de se imputar responsabilidade ao sujeito, mesmo quando verificado que o resultado escapa da sua real esfera de controle. São, por isso, denominadas teorias normativas ou da imputação objetiva do evento danoso¹²¹⁴.

Dentre elas, a que por último tem merecido mais viva atenção¹²¹⁵ – inclusive induzindo aplicações práticas revisadas por parte da jurisprudência, mesmo que indiretamente – é a denominada teoria do escopo da norma¹²¹⁶. De acordo com os seus termos, o nexo de causalidade deve ser aferido a partir da verificação da existência de uma relação entre os prejuízos sofridos e o âmbito de proteção conferido às utilidades correspondentes que restaram comprometidas pelo fato gerador de

¹²¹³ Exatamente por isso é que a aferição da *condicio sine qua non* tende a ser reconhecida, como observa PINTO, Paulo da Mota. **Sobre condição e causa...**, cit., p. 930, como “critério mínimo necessário para a causalidade”, já que ponto de partida de diversas outras construções, inclusive aquelas em que prepondera uma conotação essencialmente normativa.

¹²¹⁴ MONATERI, Pier Giuseppe; GIANI, Davide. **Nesso di causalità**, cit., pp. 03-04. Para uma abordagem assim dita normativa a respeito do tema, ver GORLA, Gino. **Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto danoso e conseguenza**. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, Padova, n. 49, v. I, 1951, pp. 405 e ss.

¹²¹⁵ Não que as demais não mereçam atenção ou sejam insatisfatórias do ponto de vista prático. A diferença está no fato de que a teoria do escopo da norma mostra-se inegavelmente destacada na tentativa de estruturar uma natureza normativa ao nexo de causalidade, em evidente ruptura com os preceitos de ordem naturalística sobre os quais estão baseadas as proposições ditas clássicas, fazendo com que algumas das premissas das demais – imputação objetiva e probabilidade, por exemplo – possam ser por ela incorporadas quando da sua aplicação prática. Para uma síntese acerca das demais também ditas normativas, especialmente as teorias do aumento do risco e da causalidade lógico-científica, consinta-se reenviar a GIANI, Davide. **L'accertamento...**, cit., pp. 24 e ss.

¹²¹⁶ Para um quadro evolutivo da teoria em questão, ver VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações...**, cit., pp. 901-903. Também, MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedida, 1989, pp. 269-270. Aliás, como refere o último autor citado, três são as vertentes teóricas da proposição em causa: teoria do fim da norma (*Normzweck*), teoria do âmbito de proteção (*Schutzzweck* ou *Schutzbereich*) e teoria do nexo de ilicitude (*Rechtswidrigkeitzusammenhang*), com alguma variação entre elas. Ao que interessa ao estudo, contudo, e partindo do conteúdo introduzido na doutrina não germânica nas últimas décadas, basta a designação e os pressupostos reconduzidos à construção ora denominada – mesmo que com alguma simplificação – teoria do escopo ou fim da norma. Para um panorama a partir da perspectiva italiana clássica, ver BARCELLONA, Mario. **“Scopo della norma violata”**. Interpretazione teleológica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana. Rivista di Diritto Civile, Padova, a. XIX, v. I, 1973, pp. 311 e ss.

responsabilidade¹²¹⁷. Ou, dito de outro modo, a responsabilidade civil é recolocada dentro de certos limites de razoabilidade, limitando-se o ressarcimento apenas aos danos previstos na norma que, por isso, converte-se em autêntico fator de seleção¹²¹⁸.

Ao que se vê, o fundamento sobre o qual se estabelece dita teoria é um tanto diverso daquele utilizado pelas demais antes analisadas, pois não obstante a equivalência dos antecedentes esteja na sua base (por meio da verificação da *condicio sine qua non*), a ideia de causalidade construída a partir disso não tem uma conotação objetivo-naturalística, mas normativo-axiológica, o que tende a aproximar a noção de causa do próprio fator de atribuição¹²¹⁹.

E, exatamente por isso, a sua aplicação toma por paradigma um processo de avaliação diverso, já que a relação de causa e efeito entre o dano e o fator de imputação deve ser identificada por via interpretativa¹²²⁰. Parte-se, assim, após a delimitação da *condicio sine qua non*, da demarcação dos interesses protegidos pela norma constitutiva de responsabilidade e do exame da sua frustração à vista do

¹²¹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 346; nas palavras precisas do autor, “para o estabelecimento do nexo de causalidade é apenas necessário averiguar se os danos que resultaram do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito”. Segundo CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 537, para a teoria em questão, “a causalidade juridicamente relevante verifica-se em relação aos danos causados pelo facto, em termos de *condicio sine qua non*, nos bens tutelados pela norma jurídica violada”.

¹²¹⁸ PEREIRA, Rui Soares. **O nexo de causalidade na responsabilidade delitual**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 396. Ainda nas precisas palavras do autor, p. 403, “na responsabilidade civil, apenas existira direito ao ressarcimento se fosse lesado um bem tutelado da norma pertencente a um sujeito protegido por essa norma e se a lesão tivesse ocorrido do modo pelo qual a mesma normapretendia evitar que a mesma ocorresse”.

¹²¹⁹ SANTOLIM, Cesar. **Nexo de causalidade...**, cit., pp. 8446-8447. Associação desta ordem, apta, portanto, a viabilizar a construção de um nexo de causalidade preponderantemente normativo, pode ser encontrada já em SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indemnizar**. Lisboa: Livraria Moraes, 1944, v. I, pp. 232-233, especialmente quando asseverava que “um facto diz-se causa dum dano, para efeitos da responsabilidade civil, quando produz pela forma que a lei tinha em vista ao considerar os factos da mesma espécie fontes de responsabilidade civil. Tudo está em interpretar a lei, determinado qual a razão de ser da responsabilidade, e em averiguar depois se o processo pelo qual um facto produziu certo dano corresponde ao fundamento da mesma responsabilidade”.

¹²²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 347. Por isso é que enquanto as teorias ditas clássicas lastreiam-se em comprovações científicas acerca da existência da relação de causa e efeito legitimadora da imputação, trata-se, neste caso, de um juízo precipuamente normativo, que se baseia na identificação dos interesses que se visa a proteger com a imposição de uma regra de responsabilidade e na verificação se, no caso concreto, o dano em exame tem aptidão para comprometê-los.

prejuízo verificado, o que demanda uma avaliação individualizada que se deve pautar pela concreta finalidade normativa¹²²¹.

Daí porque não se está de acordo com a afirmação segundo a qual a operatividade da teoria do escopo da norma pressupõe a necessária verificação de uma conduta ilícita imputável ao agente (desvalor da ação), o que inviabilizaria a sua aplicabilidade, ao menos em tese, aos regimes de responsabilidade objetiva¹²²². Primeiro, porque a questão da ilicitude não pode ser resolvida, consoante já demonstrado, a partir de um antagonismo simplista entre desvalor da ação e desvalor do resultado; segundo, porque também a responsabilidade objetiva pressupõe e carece – se não na sua plenitude, ao menos em parcela que não pode ser desconsiderada – de um juízo de desconformidade próprio da ilicitude; terceiro, porque, em consequência das premissas anteriores, justamente se mostra oportuno e adequado que os pressupostos que são imprescindíveis à imputação objetiva (no caso, o dano e o nexo de causalidade) retem por agregar no seu conteúdo estes fragmentos de relevância da ilicitude, operacionalizando, assim, a atividade que por ela vem desenvolvida de modo autônomo no regime geral de natureza subjetiva¹²²³.

¹²²¹ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Responsabilidade civil por violação de deveres de tráfego**. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 768-769.

¹²²² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação...**, cit., p. 60; ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Responsabilidade civil por violação...**, cit., p. 770. A referida afirmação está longe de ser consensual. Muito antes pelo contrário. Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil...**, cit., p. 539, sustenta categoricamente que a teoria do escopo da norma “cobriria bem a imputação objectiva; seria mesmo a única forma de, aí, determinar a causalidade”; o mesmo se infere em SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar...**, cit., pp. 231 e 234, quando afirma que “nas hipóteses de responsabilidade objectiva, verificar-se-á se o dano foi devido a algum facto a que a lei atribuiu, objectivamente, o efeito de gerar responsabilidade”, não sendo suficiente a mera existência da atividade ou da situação jurídica previstas no suporte fático hipotético da norma, pois ainda necessário que o prejuízo tenha-se “produzido por aquele processo em atenção ao qual o legislador entendeu que ela envolvia o perigo de produzir o mesmo dano”. Tanto estas ponderações em contrário à afirmação inicial (de que o escopo da norma pressuporia um comportamento ilícito, de modo a reconduzir a sua aplicação apenas às situações submetidas ao regime da culpa) são relevantes e oportunas que a própria autora por primeiro citada nesta nota conclui – aparentemente de modo contraditório com as suas afirmações iniciais – reconhecendo que “[n]ada parece, com efeito, obstar à relevância do ‘escopo da norma’ no caso das previsões de risco”.

¹²²³ Como bem esclarece MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos...**, cit., p. 271, as teorias da adequação e do fim da norma, na sua complementariedade, partem de duas premissas: uma primeira, relativa àquela (teoria da adequação), segundo a qual uma dada atuação (em sentido amplo) traz em si uma especial capacidade para produzir danos; uma segunda, relativa a esta (teoria do fim da norma) e mais expressiva, consoante a qual se questiona quais os danos ter-se-á legitimamente querido impedir com o estabelecimento de uma determinada norma de responsabilidade. Justamente a conjugação de ambas as construções é que permite afastar a tese

Em razão de tais características, começam já a surgir vozes reconhecendo a superioridade da teoria em causa para fins da solução concreta de questões que escapam da causalidade adequada¹²²⁴, com o que se concorda, especialmente pelo fato de contribuir ainda mais para o fechamento do processo de normatização do nexos de causalidade¹²²⁵. Esta concordância, entretanto, não representa uma negação da utilidade de todas as demais construções, mas uma prospecção no sentido da conveniência da juridicização do pressuposto em causa¹²²⁶, isso em decorrência da demonstrada incapacidade das teorias de cunho preponderantemente objetivo (*rectius*: fático) em fornecerem respostas adequadas à totalidade das situações, em especial à vista de uma causalidade múltipla¹²²⁷.

segundo a qual a verificação de um comportamento claramente ilícito na base do fator de atribuição seria pressuposto inarredável à aplicabilidade da teoria do escopo da norma (e que, por isso, ao menos em abstrato, excluiria a viabilidade da sua aplicação às situações de responsabilidade objetiva).

¹²²⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., p. 347; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 550; CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil...**, cit., pp. 532 e ss.; MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos...**, cit., p. 272; BORDON, Raniero. **Una nuova causalità per la responsabilità civile**. Persona e danno (a cura di Paolo Cendon), Trieste, 13 feb. 2008. Disponível em <<https://www.personaedanno.it/articolo/una-nuova-causalita-per-la-responsabilita-civile-raniero-bordon>>. Acesso em: 06 ago. 2017. Aparentemente seguindo esta linha, quando afirma que “a noção de ‘causa’ comporta critérios de escolha, dentre os diversos eventos que podem comportar esta qualificação, que devem ser estabelecidos normativamente”, SANTOLIM, Cesar. **Nexo de causalidade...**, cit., p. 8461. Em lado oposto, apontando no sentido do que entende ser uma exagerada importância atribuída à doutrina do escopo da norma, especialmente nas situações em que o surgimento do dever de indenizar decorre da concretização de cláusulas gerais, no âmbito das quais é demasiado imprecisa a demarcação de um exato fim de proteção, ver FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., pp. 101-102; no mesmo sentido, não obstante reconheça que a *Corte di Cassazione*, em ao menos duas oportunidades (sentença n. 5346/1979, Sezione Unite; sentença n. 6716/82), já restou por aplicar a referida teoria, ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., p. 203. Neste particular, consinta-se divergir da referida ponderação, pois o escopo da norma não é extraível apenas da cláusula geral de responsabilidade, mas da proteção predisposta pelo ordenamento em relação aos interesses violados e cujas utilidades restaram comprometidas em razão do dano.

¹²²⁵ Nesta linha, não se trata apenas de demarcar se uma circunstância pode ser dita causa de um determinado dano – o que pode ser feito já a partir da *condicio sine qua non* –, mas de estabelecer se são juridicamente relevantes e se podem servir para completar o suporte fático da norma que autoriza a imputação de responsabilidade. Sobre o tema, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação...**, cit., p. 58.

¹²²⁶ Consoante adverte CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità...**, cit., p. 813, a superação de uma ideia de causalidade naturalística representa a queda do “último baluarte de objetividade na *fattispecie* de responsabilidade”.

¹²²⁷ É sintomática a advertência de CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 549, proferida exatamente no âmbito do sistema jurídico português, aquele em que a questão aparenta mais fechada com a causalidade adequada. Conforme o autor, a lei propriamente não faz qualquer menção ao nexos de causalidade enquanto manifestação de uma adequação entre fato e dano, de modo que “fica claro que não se pode pedir ao artigo 563º o que ele não pretende dar”. Esta constatação somente reforça a tese de que nenhum dos sistemas sob comparação fechou as suas portas a qualquer das

Nesta linha, se as regras de causalidade naturalística não bastam à solução da problemática da concretização do nexo causal relevante à responsabilidade civil, mostra-se compreensível a tentativa de se lançar mão de elementos preponderantemente normativos que contribuam à eficiência deste processo de subsunção.

Toda esta estrutura é perfeitamente aplicável a ambos os regimes de responsabilidade civil, pois a aferição dos elementos normativos do nexo causal não está associada obrigatoriamente a qualquer juízo de desvalor ou de censura, típicos da culpa, mas a elementos que se aproximam da ilicitude¹²²⁸. Assim é que já tendo sido demonstrado que mesmo na responsabilidade objetiva há espaço para a incorporação de elementos relativos à noção de contrariedade ao direito – através da revisão dogmática do conceito de dano juridicamente relevante –, a aplicação de elementos que, por meio de uma aferição bifásica, tal qual antes posto, aproximem-se em algum grau da construção que parte do escopo da norma violada para a determinação (como último recurso) da causalidade afigura-se estruturalmente viável.

2.2 Imputação objetiva e casos difíceis em matéria de causalidade

Analizada, em linhas gerais, a estrutura comum desenvolvida para fins de construção do conteúdo e da demarcação do pressuposto em causa, cumpre aferir os seus desdobramentos que com maior complexidade poderão interessar a um pretense regime geral de responsabilidade objetiva, considerando que todos os demais elementos postos tendem a afigurarem-se aplicáveis nos moldes em que vigentes nos demais (em especial o regime modelar do ato ilícito).

teorias apresentadas, sendo lícito ao aplicar buscar, no caso concreto, a solução que mais adequadamente baste à resolução da controvérsia posta.

¹²²⁸ Cumpre assinalar que, neste particular, não obstante tenha traços comuns com a causalidade penal, tem-se reforçado sistematicamente que a causalidade civil tem natureza autônoma, o que se justifica na ausência de identidade entre os fins de cada um dos institutos correlatos (responsabilidade civil e responsabilidade penal) e se acentua ainda mais em matéria de imputação objetiva de danos; com aprofundamentos sobre o tema, ver ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., pp. 153-154.

Para que tal se compreenda, deve-se ter presente que as situações de imputação sem culpa tendem a se associar a hipóteses frequentemente contextualizadas por realidades hipercomplexas, nos termos do que ocorre, por exemplo, nas situações de responsabilidade por danos ao ambiente ou no âmbito das relações de consumo, apenas para citar dois exemplos paradigmáticos. E esta realidade rica de variações, somadas aos já assim ditos problemas clássicos relativos ao pressuposto em questão, suscitam controvérsias que bem se materializam em três *hard cases* que, por isso, merecem acurada atenção. Está-se a falar das hipóteses de multicausalidade, de causalidade probabilística e de ruptura do liame causal.

2.2.1 Causalidade múltipla e concurso de imputações

No curso da evolução da responsabilidade civil, consoante já se teve oportunidade de tratar com maior vagar, é possível antever que os comportamentos individuais conduzidos pela vontade do sujeito (base da teoria oitocentista do ato ilícito), que outrora eram facilmente subsumíveis em um processo de conformação jurídica, restam substituídos por atividades complexas multifatoriais formadas por uma sucessão de atos e de fatos que, concorrendo entre si, culminam com o evento danoso. Daí que identificar o potencial de cada um – ou de todos em conjunto – para a produção do dano é tarefa que se pode mostrar dificultosa, especialmente no âmbito de incidência da responsabilidade objetiva¹²²⁹.

Subjacente a esta problemática está, em última análise, a controvérsia advinda da multiplicidade de fatores associados à causação do dano, conjugada com o nível de proteção a que se submetem os bens jurídicos que tendencialmente vêm associados a tais regimes de imputação. Isso porque quanto mais complexa torna-se a estrutura consequencial dos fatores de atribuição de responsabilidade (baseados, no

¹²²⁹ É premissa à hodierna delimitação do pressuposto em causa reconhecer que o incremento dos riscos e, por conseguinte, da complexidade das relações sociais, faz dos processos causais aptos a produzir danos uma intrincada sucessão de circunstâncias que, não raro, deixam de ser singulares e transparentes. Deste processo decorre o inegável agravamento da dificuldade em se demarcar, no caso concreto, o nexa causal relevante à responsabilidade civil. Sobre o tema, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 101.

caso, não propriamente em uma conduta, mas no exercício de uma atividade ou na titularidade de uma condição jurídica), mais tormentosa é, na concatenação dos fatores envolvidos, a relação necessária de causa e efeito entre o evento e o prejuízo¹²³⁰.

Nos itens precedentes, buscou-se tratar, em especial, dos requisitos estruturados à individualização das condições que concorrem para o dano, por intermédio do seu processo de juridicização e das teorias predispostas a demarcar a relevância jurídica causal de cada possível antecedente. Pois bem, a dificuldade que agora se apresenta guarda relação com a constatação da possibilidade de que mais de uma condição venha a ser causa do evento, concorrendo, assim, para o prejuízo, fenômeno que se tem convencionado chamar multicausalidade¹²³¹, concurso de causas¹²³² ou concausalidade¹²³³.

De antemão, é oportuno assinalar que estas ditas causas podem ser não apenas preexistentes, mas concomitantes ou supervenientes, conforme já existam ou venham a surgir no curso do processo causal; podem, ainda, ser interdependentes ou independentes (absoluta ou relativamente), consoante careçam ou não umas das outras a produzir o resultado¹²³⁴. É de se compreender, antes disso, que devem ser reais, na medida em que tenham potencial efetivo (e não hipotético) para a causação do prejuízo.

¹²³⁰ FABBRICATORE, Alfonso. **Nesso eziologico...**, cit., p. 02.

¹²³¹ PINTO, Paulo Mota. **Sobre condição e causa...**, cit., p. 931; o autor refere, também, o emprego da denominação “sobredeterminação causal”. O problema da multicausalidade pode agravar-se ainda mais quando as diversas causas são imputáveis, cada uma, a sujeitos autônomos, havendo, assim, pluralidade de causas e pluralidade de agentes. Talvez pela própria lógica seja desnecessário referir, mas se aparenta evidente que a problemática fica prejudicada quando as causas restem imputadas a um mesmo sujeito, sendo elas cumulativas, alternativas ou virtuais, pois não remanecerá dúvidas de que a ele, e apenas a ele, caberá reparar o prejuízo. Exatamente por esta razão é que se esta de acordo com CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., p. v. II, t. III, p. 739, nota 2456, quando refere que o concurso objetivo de causas somente ganha a sua real dimensão quando associado ao concurso subjetivo.

¹²³² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação...**, cit., p. 101.

¹²³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., 84; MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. **Nesso di causalità**, cit., p. 06.

¹²³⁴ Consoante assinala MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., pp. 249-250, o que interessa ao debate ora em curso são justamente aquelas ditas interdependentes – na medida em que cada uma somada às outras, para o resultado que se pretende imputar ao sujeito mediante o surgimento de um vínculo obrigacional, porquanto aquelas que se venham a considerar independentes caracterizam, em última análise, a interrupção do nexa causal e, bem assim, a exclusão da responsabilidade

Por isso, uma nota deve ser dispensada ao problema da causalidade virtual, assim entendida como aquela que embora pudesse ser tomada como apta à produção do dano, tem a sua eficácia etiológica interrompida pela concorrência de outra (que será dita real), a qual resta por causar efetivamente o resultado¹²³⁵. Aparentemente, seria uma hipótese de multicausalidade, somente não o sendo diante da natureza meramente conjectural ou hipotética da causa virtual, já que ela, com efeito, não restou por concorrer à causação do resultado¹²³⁶.

A doutrina – especialmente portuguesa¹²³⁷ – muito já debateu acerca do tema, com destaque à problemática advinda da distinção entre a relevância positiva e a relevância negativa da causa virtual¹²³⁸. O entendimento preponderante sedimentou-se no sentido da sua irrelevância, salvo nas hipóteses em que a lei expressamente disponha em sentido contrário, o que se justifica no fato de que, partindo do escopo perseguido pelo direito civil, não haveria fundamento para a imputação de responsabilidade quando o fator de imputação relacionado ao sujeito

¹²³⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**, cit., p. 411. Nas palavras do autor, “[d]iz-se causa virtual de um dano certo facto que o produziria se ele não fosse produzido por outro”. A jurisprudência tem reconhecido um amplo espectro de situações aptas a este fim, bastando que a causa real intervenha no processo etiológico e assuma para si a produção do resultado, tanto que “pode ser um caso fortuito, um comportamento do próprio lesado ou um facto de terceiro” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 368/04.OTCSNT.L1.S1. 1ª secção. Rel. Cons.ª Maria Clara Sottomayor. J. em 30 set. 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>. Acesso em: 13 ago. 2017). Por isso não ser infrequente lançar-se mão da designação *causalidade interrompida*; assim, SANTOLIM, Cesar. **Nexo de causalidade...**, cit., p. 8451.

¹²³⁶ Em verdade, segundo refere MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 114, a causa virtual pode-se manifestar por intermédio de um processo causal interrompido, quando o resultado foi impedido por outra causa, ou de um processo causal antecipado, quando o resultado se produziria de qualquer modo por meio da causa virtual, mas a causa real causou-o primeiro.

¹²³⁷ A doutrina italiana aparenta não dispensar grande atenção ao tema da causa virtual, referindo-o, por vezes, através da expressão “*pressuposto occasionale*”, assim entendido como “*quegli antecedenti cui in declamazione riconosce un posto nella serie causale, ma la cui rilevanza è in fato esclusa per l'intervento di un fatto successivo*”; neste norte, MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. **Nesso di causalità**, cit., p. 07.

¹²³⁸ Para um abrangente panorama acerca dos diversos entendimentos a respeito, o que não poderia ser desenvolvido por completo no curso da presente investigação, diante do interesse apenas reflexo do tema, consinta-se reenviar a CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, pp. 471-746. Também, especialmente abordando com oportuna profundidade o confronto entre relevância positiva e relevância negativa da causa virtual, ver TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 412-419. Ainda, FONSECA, Jorge Carlos. **A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil** (Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português). Revista Jurídica da AAFDL, Lisboa, n. 4, 1984, pp. 13 e ss.; MENDES, Paulo Sousa. **O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva**. Direito e Cidadania, Praia, a. 9, n. 27, 2007-2008, pp. 43 e ss.

não gerou efetivo prejuízo (não há, pois, nexos de causalidade entre a conduta, a atividade ou a condição jurídica prevista na *fattispecie* e o dano)¹²³⁹.

Oportuno, de seguida, o exame das efetivas hipóteses de multicausalidade.

Neste cenário – e sem prejuízo de outras modalidades possíveis¹²⁴⁰ –, três grupos merecem especial atenção: trata-se da causalidade cumulativa, da causalidade aditiva e da causalidade alternativa¹²⁴¹. O primeiro deles diz respeito às situações para as quais concorrem mais de uma causa, mas apenas diante de todas elas é que o prejuízo se verifica (cada uma delas singularmente considerada não basta à produção do resultado); o segundo, aos casos nos quais mais de uma causa se verifica, cada uma delas tem potencial para, sozinha, causar o dano, mas apenas uma foi eficaz neste sentido, servindo as demais a agravá-lo; e o terceiro, às hipóteses nas quais mais de uma causa tem potencialidade para produzir o dano, sabe-se que uma delas o produziu, mas não se pode aferir com precisão qual foi a determinante¹²⁴².

Quanto à causalidade cumulativa¹²⁴³, considerando que os eventos são, em verdade, condições que, somadas, viabilizam a causa realmente responsável pelo dano – não havendo, por isso, sequer problemas de “dependência contrafactual”, pois

¹²³⁹ É diversa a abordagem a ser conferida pelo direito penal que, atendo-se à conduta, pune a tentativa. Assim, no campo da responsabilidade civil, cujo intento primeiro é a reparação do dano indevidamente causado a terceiro, a causa virtual não apenas é insuficiente ao surgimento de um vínculo obrigacional, como também não basta a elidir a imputação de responsabilidade em relação ao autor da causa real, salvo quando tenha contribuído, de algum modo (deixando, assim, de ser completamente virtual), para o agravamento do dano. Sobre o tema, LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, cit., pp. 347-348.

¹²⁴⁰ Assim, SANTOLIM, César. **Nexo de causalidade...**, cit., pp. 8450-8451.

¹²⁴¹ A estas três poderia ser agregada, ainda, a dita causalidade simultânea, na qual, em verdade, há apenas uma coincidência de causas distintas, porquanto o dano se dá numa zona concomitante de fatores de imputação. Sobre o tema, VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, cit., p. 923; como exemplo desta categoria o autor refere a situação do operário atropelado culposamente por terceiro (responsabilidade subjetiva) no local onde presta serviço no cumprimento dos deveres resultantes da relação de trabalho (responsabilidade objetiva). Como há apenas uma mera coincidência de causas distintas, ambos os responsáveis respondem pelo dano inteiro, nos termos do regime de responsabilidade a que estiverem submetidos.

¹²⁴² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação...**, cit., pp. 102-103.

¹²⁴³ Como adverte VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, cit., p. 923, nota 1, não há unidade terminológica a respeito, podendo a presente situação ser também designada – inclusive com maior propriedade – como causalidade complementar, concausalidade (em sentido estrito), concorrência necessária e causalidade concorrente; por sua vez, a expressão causalidade cumulativa, ora empregada, pode ser encontrada para referir às situações de causalidade concorrente ou concorrência alternativa, que adiante serão tratadas.

ausente “sobredeterminação causal”¹²⁴⁴ –, a solução é a responsabilidade solidária entre todos os agentes envolvidos¹²⁴⁵. Esta, aliás, é a dicção expressamente prevista nos artigos 2.055¹²⁴⁶, 497¹²⁴⁷ e 942¹²⁴⁸, parte final, dos Códigos Civis italiano, português e brasileiro, respectivamente¹²⁴⁹.

Já quanto à causalidade aditiva, também dita potenciada ou sinérgica¹²⁵⁰, o diferencial está justamente na aptidão que todas as causas (*rectius*, de cada uma) que concorrem para o evento têm de, por si, produzirem o resultado, não obstante apenas uma delas tenha sido eficiente a este fim, contribuindo, as demais, para o agravamento do prejuízo (por aumento ou aceleração)¹²⁵¹. Ora, se todas contribuem de algum modo, não há divergência acerca da concorrência imputacional entre os

¹²⁴⁴ PINTO, Paulo Mota. **Sobre condição e causa...**, cit., p. 933, nota 09.

¹²⁴⁵ Alguma divergência se estabeleceu a respeito, especialmente no sentido de saber se a solidariedade estaria condicionada ao conhecimento da contribuição causal dos demais agentes. Prevaleceu, contudo, o entendimento no sentido contrário, reconhecendo-se a responsabilidade de todos os envolvidos, independentemente da sua ciência acerca dos demais, já que, nestas condições, cada um contribui para o aumento do risco que se concretiza no resultado. Assim, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação...**, cit., pp. 105-106.

¹²⁴⁶ Art. 2055. Responsabilità solidale. 1. Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. 2. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che se sono derivate. 3. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali.

¹²⁴⁷ Artigo 497. Responsabilidade solidária. 1. Se forem várias as pessoas responsáveis pelo dano, é solidária a sua responsabilidade. 2. O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que dela advierem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.

¹²⁴⁸ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

¹²⁴⁹ Sobre o tema, ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., p. 203; GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 154; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, cit., p. 924; MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**, cit., p. 119; MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., p. 250; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II, p. 855; dentre outros.

¹²⁵⁰ Neste particular, outras designações são igualmente encontradas na doutrina para aludir ao mesmo fenômeno. Dentre elas – e quiçá até a mais corriqueira – causalidade cumulativa não necessária (ao contrário da aditiva, que era necessária), bem como curso cumulativo, causalidade dupla (*Doppelkausalität*), plural, adicional ou, ainda, causalidade cumulativa supérflua (*kumulativ-überschüssende Kausalität*). A este respeito, PINTO, Paulo Mota. **Sobre condição e causa...**, cit., p. 933, nota 09; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 739.

¹²⁵¹ Dúvida se estabelece quando, não obstante todas se tenham consumado e possuam, cada uma, potencial individual a causar o dano, apenas uma tenha gerado o prejuízo, sem qualquer contribuição, ainda que por agravamento, das demais (não obstante o seu potencial para tanto). Entende-se que, nesta situação, considerando que, em última análise, as demais não chegaram a, efetivamente, concorrer ao prejuízo, independente das suas condições, não há efetivo concurso cumulativo, mas causalidade unitária.

agentes, com a dúvida a se estabelecer acerca dos limites da responsabilidade: se solidária ou se na medida da contribuição efetiva¹²⁵².

E, relativamente à causalidade alternativa (incerta) – quiçá o grupo mais intrincado de casos –, a problemática toda reside no fato de que vários agentes têm potencial para causar o dano, pois todos concorreram com a prática da conduta ou da atividade necessária para tanto, sabe-se que ao menos um deles é o efetivo responsável, mas não se pode determinar com precisão qual. Isso porque, partindo-se de um paradigma imputacional lastreado na teoria clássica do ato ilícito, coordenada pelo preceito da culpa e pela demarcação rigorosa do nexos causal, a resposta natural seria no sentido da ausência de responsabilidade de todos, pois se há dúvidas quanto à efetiva concorrência culposa de cada um, não haveria como se estabelecer um vínculo obrigacional indenizatório^{1253 1254}.

¹²⁵² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação...**, cit., p. 107. Aparentemente, em sendo possível demarcar a concorrência causal de cada agente, a tendência lógica seria sustentar no sentido da “repartição concreta de responsabilidades”. A doutrina alemã, segundo a autora, aponta que a dúvida se situa não quanto ao causador do dano (*Verursacherzweifel*), mas quanto à repartição do prejuízo entre os responsáveis (*Anteilszweifel*). Há quem sustente, contudo, a aplicação da regra da solidariedade, nos moldes do grupo anterior (concurso necessário de causas); assim, PINTO, Paulo Mota. **Sobre condição e causa...**, cit., p. 934, nota 09; VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, cit., p. 923; CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 739; MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., p. 250; dentre outros. Está-se de acordo com este último entendimento apresentado, considerando que o preceito que contempla a regra de solidariedade não excepciona os casos em que é possível determinar a concorrência causal individual, desde que possam ser considerados coautores, bem como que o intento da norma é a proteção dos interesses do lesado, facilitando a sua reparação e garantindo o direito de regresso, na medida da participação de cada agente. Trata-se de uma ponderável aplicação – mesmo que indireta – de preceitos normativos do nexos de causalidade, nos termos da já tratada teoria do escopo da norma. Ora, se o intento da regra de responsabilidade objetiva é, em nome do princípio da solidariedade, assegurar a reparação da vítima em determinadas situações concretas, apresenta-se razoável concluir que, no âmbito da proteção, situa-se o reconhecimento da solidariedade, a partir de uma interpretação não restritiva dos preceitos legais que a reconhecem nos casos de concorrência causal (multicausalidade).

¹²⁵³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 740; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação...**, cit., p. 107, nota 287. Vários são os esforços, contudo, no sentido de viabilizar o reconhecimento da causalidade alternativa como fonte de um dever de reparação mesmo nos sistemas jurídicos nos quais, aos moldes do que sucede naqueles sob comparação, inexistente regra semelhante a do § 830, I, BGB. A propósito, NETO, Renato Lovato. **Multiplicidade de causas e incerteza sobre o nexos causal**. Revista Electrónica de Direito, Porto, n. 2, jun. 2015, pp. 14-16. Ainda, PUCELLA, Roberto. **La causalità “incerta”**. Torino: Giappichelli, 2007.

¹²⁵⁴ Contrariamente ao vigente nos sistemas sob comparação, o direito alemão tem regra expressa para esta situação. Trata-se do § 830, I, 2ª frase, do BGB (1ª frase: “Se várias pessoas tiverem causado um dano mediante uma ação ilícita conjuntamente praticada, cada uma é responsável pelo dano”; 2ª frase: “O mesmo vale quando não se conseguir determinar qual dos vários participantes causou o dano com a sua ação”). A tradução é atribuível a PINTO, Paulo Mota. **Sobre condição e causa...**, cit., p. 935, nota 10. Nos termos da aludida regra, como se vê, os agentes respondem solidariamente pelo dano quando não

Tem-se, contudo, que a situação, pela sua relevância¹²⁵⁵, pode ser vista de outro modo no campo da responsabilidade objetiva, especialmente porque lastreada em paradigma diverso. Nestas situações, com frequência afiguram-se insuficientes os critérios da *condicio sine qua non* e da causalidade adequada, importando invocarem-se os elementos de ordem normativa inerentes às teorias causais objetivas, especialmente aqueles que levam em conta o escopo da norma violada, o que permitiria uma solução em favor da vítima^{1256 1257}.

é possível verificar qual deles foi o efetivo causador, não obstante se tenha a certeza de que todos concorreram potencialmente a este fim; e, inclusive, a regra é expressamente predisposta ao regime de responsabilidade subjetiva, permitindo, assim, a imputação mesmo diante da ausência de prova da efetiva concorrência causal culposa e ilícita do agente (não obstante a concorrência potencial, que lhe serve de pressuposto). Semelhante regramento – mesmo que com amplitude mais restrita, diante da ausência da previsão expressa de solidariedade – pode ser encontrado no § 1304 do Código Civil austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - ABGB*) e no artigo 6:99 do Código Civil holandês (*Burgerlijk Wetboek*). Sobre o tema, com o exame do alcance das regras austríaca e holandesa e a sua comparação com o paradigma do BGB, ver NETO, Renato Lovato. **Multiplicidade de causas...**, cit., pp. 08-09, notas 11 e 14.

¹²⁵⁵ Neste particular, discorda-se de CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 740, quando afirmam que “tais hipóteses são raras, havendo que se recorrer à jurisprudência alemã para as encontrar”. Tomando-se por base, v.g., os regimes de responsabilidade objetiva do produtor (no âmbito das relações de consumo) ou por danos ambientais (em sentido lato), inúmeras são as situações práticas que podem ser encontradas envolvendo causalidade alternativa incerta, especialmente aquelas relacionadas a lesões à saúde em razão do uso de medicamentos ou do tabaco, bem como a prejuízos associados à contaminação de recursos naturais em decorrência do exercício de atividades paralelas, ambas com potencial poluente semelhante.

¹²⁵⁶ A este propósito, mesmo que sem aludir expressamente ao escopo da norma violada ou à revisão do paradigma imputacional, MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., p. 253, atenda para a conveniência de que “não se deixe de definir que, caracterizada a situação de fato, em que do grupo de pessoas resulte a causa do dano, presume-se em favor da vítima”.

¹²⁵⁷ Neste sentido, cumpre registrar duas decisões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro que, mesmo à mingua de uma regra nos moldes do § 830, I, BGB, acolheram a pretensão indenizatória em face de um grupo de indivíduos que havia concorrido à causação do dano sem que se pudesse individuar a qual deles era imputável a específica ação lesiva. O primeiro caso envolveu a responsabilidade por objetos caídos de janelas de um edifício, não se podendo precisar de qual dos apartamentos proveio. Neste caso, excluídos os moradores que estavam absolutamente fora da linha causal possível (apartamentos não se situavam na rota da queda), o Tribunal reconheceu a responsabilidade do condomínio de arcar com os prejuízos, não obstante houvesse um responsável fático direto, mas cuja identidade não foi possível apurar (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 64682/RJ. 4ª Turma. Rel. Min. Bueno de Souza. Julg. em 10 nov. 1998). O segundo caso envolveu a responsabilidade pela morte de um torcedor após uma partida de futebol, a qual decorreu de agressões provocadas por diversos integrantes de torcida de time rival; não obstante não tenha sido possível identificar qual dos agressores foi o causador real da morte, a concorrência de todos para a briga era certa. Segundo o Tribunal, se qualquer dos agressores poderia ter causado o resultado, todos concorreram para o evento e, por isso, respondem solidariamente pelos danos. A fundamentação deu-se na linha do reconhecimento de uma atividade perigosa exercida pelos envolvidos, a caracterizar a sua responsabilidade objetiva (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 26975/RS. 4ª Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Julg. em 18 dez. 2001). Ambas as decisões disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 ago. 2017. Não obstante não o tenha feito especificamente no âmbito de aplicação das *fattispecie* de

Independentemente da solução que se adote¹²⁵⁸, não se pode deixar de reconhecer que os problemas advindos da causalidade alternativa remetem – mesmo que indiretamente – ao confronto entre a efetiva comprovação do nexo causal e a probabilidade da ocorrência de danos, partindo-se de uma lógica causal previsível. Tal remete a tema que não pode ser tangenciado na estruturação de um regime geral de imputação objetiva, qual seja, a interface entre causalidade e dano previsível.

2.2.2 *Nexo causal e dano previsível*

O desenvolvimento dos contornos jurídicos da noção de nexo causal, especialmente com vistas ao reconhecimento de um viés de predomínio normativo do pressuposto em questão, abre espaço à possibilidade de ponderação de uma assim dita causalidade probabilística. E, nesta senda, não se trata de representar uma autêntica alternativa aos preceitos gerais decorrentes da *conditio sine qua non* ou mesmo da causalidade adequada, inclusive no que toca ao seu temperamento por meio do escopo da norma violada, que permanecem relevantes, mas de se satisfazer com uma causa provável em detrimento da exigência de uma causa efetivamente apurada¹²⁵⁹.

responsabilidade objetiva, também o Supremo Tribunal de Justiça português reconheceu o cabimento de responsabilidade civil baseada em situação de causalidade alternativa. Tratou-se do caso de envolvidos numa rixa, não sendo possível identificar a concorrência causal de cada um para os danos materiais e extrapatrimoniais causados, não obstante fosse certa a participação de todos. Por isso, reconheceu o Tribunal a responsabilidade solidária dos envolvidos, com base nos artigos 490 e 497 do Código Civil de 1966, asseverando que “[n]ão se tendo apurado um grau de culpa superior de cada um dos participantes, e atendendo a que todos criaram a situação de perigo e agiram culposamente, dever-se-ão equiparar as culpas, dada a contribuição causal de cada um deles para a produção da globalidade dos danos (cf. art. 572.º do CC)” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 154/10.8TBCDR.S1. 6ª Seção. Rel. Cons. Júlio Gomes. Julg. em 19 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>. Acesso em: 22 ago. 2017).

¹²⁵⁸ É evidente que o reconhecimento da indenizabilidade dos danos nestas situações, à vista da ausência de uma regra que expressamente contemple tal possibilidade, nos moldes do previsto no Código Civil alemão, pressupõe um esforço interpretativo

¹²⁵⁹ CASTRONOVO, Carlo. *Sentirei di responsabilità...*, cit., p. 813. Ainda sobre o tema, mesmo que a partir de uma perspectiva, ao fim, predominantemente obrigacional, OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Causalidade adequada e previsibilidade**: comentário ao artigo 7.4.4. dos Princípios Unidroit e ao artigo 9:503 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura. Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 797 e ss. Já no que tange à prova do nexo de causalidade, ainda que a partir de um prisma jusambiental, ver OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **A prova do nexo de causalidade na lei da**

O primeiro passo à superação da lógica causal absoluta sintetizada na máxima *all-or-nothing* veio a desenvolver-se no campo da responsabilidade por omissão, através de uma valoração das circunstâncias do caso baseada na probabilidade de se ter verificado outro resultado (não lesivo) à vista de um comportamento diverso por parte do lesante¹²⁶⁰. Na seara da responsabilidade por fatos comissivos, contudo, a tendência era a prevalência do entendimento segundo o qual ou se tinha uma certeza da concorrência causal por parte do lesante, ou não havia imputação¹²⁶¹.

De seguida, o debate acerca do reconhecimento do dano pela perda da chance também veio a recrudescer a necessidade de se avançar acerca da compreensão da certeza exigível acerca da causalidade, já que, na grande parte dos casos, não obstante comprovado o fato apto a gerar a imputação de responsabilidade, a situação era diversa no que tange à demonstração de que dito fato constitua-se em causa real do evento danoso¹²⁶².

responsabilidade ambiental. In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). A responsabilidade civil por dano ambiental: Actas do Colóquio realizado na Faculdade de Direito de Lisboa, dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2010, pp. 172 e ss.

¹²⁶⁰ SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 231. Diz-se, por isso, que o nexo de causalidade relativo às omissões vai estabelecido por meio de um juízo hipotético reconduzido, em última análise, ao exame probabilístico da concretização dos danos à vista da adoção ou não de um dado comportamento. Neste sentido, aliás, já decidiu a Corte de Cassação italiana quando do julgamento de um caso envolvendo a falta de manutenção em uma estrada, o que teria causado danos ao condutor, tudo no âmbito de aplicação da responsabilidade objetiva decorrente das coisas em custódia predisposta no artigo 2.051 do *Codice Civile* (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza n. 488, di 15 gen. 2003). Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/news/2006/12/12/danno-da-mancata-manutenzione-delle-strade>>. Acesso em: 22 ago. 2017. Comunga da mesma percepção a doutrina portuguesa, consoante se infere em ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Causalidade e imputação...**, cit., p. 234, o que é acolhido, de igual sorte, pela jurisprudência, que já teve oportunidade de assentar que “[a]s omissões só geram responsabilidade civil desde que, além da existência do dever jurídico de prática do ato omitido, seja de concluir que este teria, seguramente ou com forte probabilidade, obstado o dano” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 03A2684. Rel. Cons. Silva Salazar. J. em 07 out. 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>. Acesso em: 30 set. 2017.

¹²⁶¹ ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., p. 182.

¹²⁶² DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**. Contratto e torto. Torino: Giappichelli, 2014, pp. 312-313 e 316. Consoante advertem – com razão – os autores, não obstante a evolução do reconhecimento do prejuízo decorrente da perda da chance tenha, de algum modo, incrementado a abertura do debate acerca da (in)prescindibilidade da certeza acerca do nexo causal, não se constitui em uma autêntica situação de causalidade probabilística, pois se trata da manifestação de uma figura autônoma de dano.

Em verdade, a ideia de verossimilhança acerca do nexos causal está assente já nas construções predispostas ao desenvolvimento da teoria da causalidade adequada, que tende a se embasar em um juízo de probabilidade baseado em uma razão de frequência estatística entre dois tipos de evento¹²⁶³. Neste cenário, a causa provável continua a cumprir o tradicional papel etiológico, não mais propriamente como uma relação material de causa e efeito, mas tal qual um critério ideal de ligação entre fatos, o que simula uma autêntica causalidade (do ponto de vista fático). Ao invés de estabelecer o liame causal em si, considera-o como baseado em uma valoração que não é o resultado de uma pesquisa puramente naturalística, mas um julgamento orientado para a solução de um problema de responsabilidade¹²⁶⁴.

Neste exato ponto é que a problemática envolvendo a certeza – ou, por conseguinte, a suficiência da probabilidade – do nexos causal imbrica-se com a própria demarcação do pressuposto, especialmente se partindo de uma modulação normativa da causalidade adequada, nos moldes do que se opera por meio da verificação do escopo da norma violada. Ou seja, constatando-se que, num contexto causal lógico, o dano era altamente provável, a verificação de que este mesmo dano situa-se no campo dos interesses que a responsabilidade civil busca tutelar na situação concreta resta por reforçar a legitimação do surgimento do dever de indenizar.

A superação do dogma da causalidade naturalística, que se materializa na pretensão de se reconduzir a uma aferição pautada pela existência de *conditio sine qua non* (enquanto certeza aferível cientificamente) na totalidade das hipóteses submetidas a um juízo de imputação, é premissa a este reconhecimento. Para tanto, o sobredito critério científico de certeza passa a abranger não apenas as regras que viabilizam uma aferição fática estreme de dúvidas, mas também “leis universais” e “leis estatísticas”, ampliando o espectro de verificação da presença do nexos de causalidade¹²⁶⁵.

¹²⁶³ TRIMARCHI, Pietro. **La causalità nella responsabilità civile**. Persona e danno (a cura di Paolo Cendon), Trieste, 30 lul. 2008, p. 02. Disponível em: <<https://www.personaedanno.it/articolo/la-causalita-nella-responsabilita-civile-pietro-trimarchi>>. Acesso em: 17 set. 2017.

¹²⁶⁴ CASTRONOVO, Carlo. **Sentirei di responsabilità...**, cit., p. 813.

¹²⁶⁵ CASTRONOVO, Carlo. **Sentirei di responsabilità...**, cit., p. 814. Nas palavras do autor, tal construção toma “in base all’idea che ‘tutte le leggi scientifiche debbono essere considerate probabilistiche’, in particolare per il fatto che ‘la credibilità razionale di una ipotesi scientifica è relativa a un insieme finito di

Diante de tudo isso, passa-se a conceber a causalidade enquanto um juízo probabilístico no qual a causa tem uma conotação naturalística ou de experiência, nos termos do contexto filosófico no qual se insere¹²⁶⁶. Com isso, supera-se a simples valoração assistida do referencial estatístico, no qual a objetividade é abalada pela inviabilidade de se estabelecer previamente uma verificação numérica confirmatória ou lógico-probabilística, de modo que o livre convencimento aparenta não encontrar outro limite que não o de se constituir em uma avaliação racional exercida por meio de critérios lógicos¹²⁶⁷.

Exatamente neste cenário é que se legitima uma diferenciação entre as causalidades relevantes em matéria civil e em matéria penal¹²⁶⁸, diante das finalidades e dos objetivos diversos de cada um dos regimes de responsabilidade, fazendo com que o nexo causal para fins de surgimento de um dever de reparar danos – ao contrário do que sucederá para fins de imposição de uma sanção – possa satisfazer-se com a lógica do *più probabile che no*¹²⁶⁹, viabilizando, com isso, um modelo etiológico menos rigoroso¹²⁷⁰.

conoscenze', Questo porta alla conclusione che anche le leggi universali, ove pure non le si voglia assimilare alle leggi statistiche, sono sul piano logico, al pari di queste, caratterizzate dalla probabilità".

¹²⁶⁶ Neste particular, ao menos do ponto legislativo, o sistema jurídico português apresenta-se como o mais elucidativo acerca desta questão, pois, em nítida evolução do que dispunha o artigo 707 do Código de Seabra (o qual restringia o dever de indenizar aos prejuízos necessariamente resultantes do fator de atribuição), passou a dispor no artigo 563 do seu vigente Código Civil que os danos a serem reparados serão aqueles que provavelmente não teria sofrido a vítima não fosse a existência do fato (em sentido lato) a que a lei atribui a capacidade de legitimar a imputação civil. Sobre o tema, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Causalidade e imputação...**, cit., pp. 236-237. Dai porque, nos termos em que posto o preceito de regência, não há dúvidas do reconhecimento, por parte do sistema de imputação luso, da relevância do dano provável para fins de surgimento de um dever de reparação, independentemente do regime de responsabilidade a que esteja submetido.

¹²⁶⁷ CASTRONOVO, Carlo. **Sentirei di responsabilità...**, cit., pp. 814-815.

¹²⁶⁸ Como asseveram MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. **Nesso di causalità**, cit., p. 09, esta necessidade de diferenciação decorre diretamente da diversidade ontológica existente entre as responsabilidades civil e penal.

¹²⁶⁹ Contrariamente à lógica do princípio *al di là di ogni ragionevole dubbio*, assentado pela já referida sentença *Franzese*, o qual exige um intenso grau de probabilidade (algo em torno de 90%), a máxima *più probabile che non* vigente em matéria de responsabilidade civil tende a contentar-se com algo equivalente a 50% mais 1, abrandando, portanto, os rigores vigentes quanto à demonstração do nexo causal em matéria penal. Sobre o tema, MAUCERI, Francesco. **Al di là di ogni ragionevole dubbio o più probabile che non**: note minime sul nesso causale nella responsabilità civile. *Jus Civile*, Torino, n. 3, pp. 110-116, 2015, p. 111. Disponível em: <http://www.juscivile.it/contributi/2015/07_Mauceri.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹²⁷⁰ Neste sentido, aliás, já decidiu a Corte de Cassação italiana, reconhecendo que "l'accertamento del nesso causale in ambito civile può basarsi su criteri del tutto difforni da quelli richiesti nel diritto penale. In particolare, nell'accertamento del nesso causale civile, è possibile accedere ad una soglia meno

Por estas razões é que, contrariamente do que sucede na causalidade penal, naquela de natureza civil é possível aceitar, para fins de atendimento do *standard* probatório requerido ao surgimento do vínculo obrigacional, a preponderância da evidência, a qual pressupõe a verificação do âmbito de disponibilidade de prova para a situação posta. Daí que a aferição do nexo causal se dá por intermédio de um juízo de probabilidade lógica que aceita e se conforma com a constatação da regularidade estatística e da verossimilhança lógica do vínculo etiológico entre o fato ensejador da responsabilidade e o dano¹²⁷¹.

No campo da responsabilidade objetiva, dita conotação probabilística do nexo causal ganha acentuado relevo, em especial nas hipóteses em que a *fattispcie* resta bem caracterizada, nomeadamente em decorrência do exercício de uma atividade (v.g., atividades perigosas) ou da titularização de uma dada condição jurídica (v.g., coisa em custódia). Fala-se, neste cenário, em uma autêntica “presunção de causalidade”, a qual se legitima em uma estrutura probabilística associada às situações

elevata di probabilità rispetto a quella penale: la causalità civile obbedisce alla logica del ‘più probabile che non’”. (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione III Civile. Sentenza n. 21619, di 16 ott. 2007). Disponível em: <[https://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile,_sez._iii_del_2007_numero_21619_\(16\\$10\\$2007\).aspx](https://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile,_sez._iii_del_2007_numero_21619_(16$10$2007).aspx)>. Acesso em: 22 ago. 2017. Um dos grandes contributos do precedente foi ter assentado expressamente a não aplicação à responsabilidade civil da lógica reconhecida por ocasião da clássica *sentenza Franzese* (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Unite Penale. Sentenza n. 30328, di 10 lug. 2002), nos termos da qual o nexo de causalidade existe na presença de um “elevado grau de credibilidade”, o que restaria restrito, assim, à seara penal. Sobre os desdobramentos e a relevância da aludida *sentenza Franzese* na civilística italiana, ver ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., pp. 182-183. Igualmente, anuindo com o entendimento preconizado pela Corte de Cassação, no sentido da inaplicabilidade da lógica causal penal à responsabilidade civil, dentre outros, DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile...**, cit., pp. 333-334. Por fim, ainda no campo da causalidade probabilística, deve-se registrar que a Suprema Corte italiana voltou a manifestar-se sobre o tema, prosseguiu no estabelecimento das bases sobre as quais se assenta, decidindo mais recentemente que “l'esistenza del nesso di causalità tra una condotta illecita ed un evento di danno può essere affermata dal giudice civile anche soltanto sulla base di una prova che lo renda probabile, a nulla rilevando che tale prova non sia idonea a garantire una assoluta certezza al di là di ogni ragionevole dubbio (Cass. 26 luglio 2012, n. 13214; Cass. 9 giugno 2011, n. 12686): infatti, la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del "più probabile che non"), che si delinea in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del "50% plus unum" (Cass. 21 luglio 2011, n. 15991)” (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione III Civile. Sentenza n. 23933, di 22 ott. 2013. Disponível em: <<http://juriswiki.it/provvedimenti/sentenza-corte-di-cassazione-sez-civile-iii-23933-2013-it>>. Acesso em: 22 ago. 2017).

¹²⁷¹ MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. **Nesso di causalità**, cit., p. 10.

de imputação¹²⁷², desde que o processo causal seja lógico e provável e que os danos estejam situados dentro da margem de proteção que a norma visava conceder ao seu destinatário¹²⁷³.

Neste exato contexto é que se impõe referir algum dissenso relacionado aos limites da aplicação na máxima *più probabile che non*, especialmente tendo em conta a sua inegável natureza assimétrica. Isso porque – para ficar restrito ao âmbito da responsabilidade objetiva – o âmbito de vinculação aos bens jurídicos tutelados por intermédio da imputação não pode ser desconsiderado, quanto mais tendo em vista que haverá situações (nomeadamente pelo caráter profissional da atividade) nas quais a efetiva socialização do prejuízo será viável através da distribuição dos ônus e outros em que isso não será possível, suportando o lesante a integralidade dos custos correspondentes¹²⁷⁴.

Para que bem se compreenda esta realidade, basta que se estabeleça uma comparação, por exemplo, entre a responsabilidade do produtor e a do pai pelos atos dos filhos menores. Não obstante ambas estejam, *prima facie*, assentadas em um regime de imputação objetiva, naquela há uma organização profissional da atividade e um lesado presumivelmente vulnerável (o que, aliás, legitima o agravamento da responsabilidade), ao passo em que nesta há uma relação jurídica de mera garantia (alicerçada em vínculos familiares) na qual, sem prejuízo de atentar à, em tese, necessidade de reparação da vítima, não permite uma socialização dos custos e dos riscos e não parte do pressuposto da existência de um lesado especialmente frágil. Daí que seria justificável uma especial ponderação acerca dos limites da exigência de uma

¹²⁷² SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 231.

¹²⁷³ Não há dúvidas de que o instrumento jurídico a operacionalizar dita proposição é o convencimento judicial motivado, que permitirá a concatenação de dados de ordem variada (científica, estatística e de experiência comum) que, a partir de uma valoração estritamente normativa, permitirão a identificação da presença do nexo de causalidade na situação sob exame, mesmo que a partir de um viés probabilístico. Sobre o tema, referindo, inclusive, que a situação descrita representa a aplicação do “libero convencimento” no seu “significado più autentico e profondo”, fato, aliás, reconhecido pela jurisprudência em mais de uma oportunidade, BEVILACQUA, Maila. **Nuovi profili della causalità nella giurisprudenza della Suprema Corte**: dalla sentenza Franzese alla duplice ‘dimensione di analisi’ del nesso di causa nel sottosistema civile. *Diritto & Diritti* (fondato da Francesco Brugaletta), Ragusa, 12 giu. 2008. Disponível em: <<https://www.diritto.it/nuovi-profili-della-causalita-nella-giurisprudenza-della-suprema-corte-dalla-sentenza-franzese-alla-duplici-dimensione-di-analisi-del-nesso-di-causa-nel-sottosistema-civile/>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

¹²⁷⁴ MAUCERI, Francesco. **Al di là di ogni ragionevole dubbio...**, cit., pp. 112-113.

probabilidade mais ou menos intensa, a depender dos interesses contrapostos em jogo.

Por estas razões, a ideia de uma causalidade probabilística tende a complementar a crescente normatividade que vem sendo atribuída ao nexo causal (e vice-versa), sendo a sua legitimidade por ela reforçada. E, com isso, contribui para abranger de algum modo os resquícios de relevância inerentes ao conteúdo da ilicitude – desconsiderada enquanto pressuposto autônomo por um regime geral de imputação objetiva, ao menos nos moldes em que talhada para a responsabilidade assente na culpa –, tal qual em grande parte já fora feito pelo também juridicizado conceito de dano antes proposto.

2.2.3 *A interrupção do nexo causal e a exclusão da responsabilidade*

Por fim – e tendo em conta a estrutura desenvolvida a partir das diversas construções predispostas a demarcação do pressuposto em causa –, cumpre dispensar alguma atenção à ruptura do nexo causal, temática, aliás, especialmente relevante para a responsabilidade objetiva.

Ao que se infere, está-se diante de situação de causalidade interrompida, pois, diante da concorrência de um evento alheio ao processo em curso, compromete-se a lógica da cadeia originária, fazendo com que esta nova causa assuma, por si, a condição de nexo etiológico do dano. Ou, em outras palavras, a concorrência de um acontecimento imprevisível, inevitável e autônomo (há algum dissenso a respeito da intensidade destas três características) resta por produzir um prejuízo que, em sendo verificado apenas o desdobramento da sequência causal primitiva, não teria ocorrido¹²⁷⁵.

Não se trata, portanto, se uma simples causa superveniente¹²⁷⁶, uma vez que a tal categoria podem ser reconduzidas também aquelas naturalmente inerentes

¹²⁷⁵ FARIAS, Cristiano; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Trarado...**, cit., p. 481; GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 131.

¹²⁷⁶ SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., p. 229.

ao processo causal, geradoras, portanto, de uma situação de multicausalidade e não de ruptura propriamente dita. Constitui-se, ao contrário, em um acontecimento excepcional e externo que, por isso, pode ser dito estranho à cadeia natural de desenvolvimento, de modo a romper a linha normal dos acontecimentos¹²⁷⁷, o que permite caracterizá-lo como um autêntico fato impeditivo¹²⁷⁸.

Ainda num plano geral de delimitação do tema, cumpre assinalar que as hipóteses hoje entendidas como de ruptura do nexa causal foram, de início, tratadas como excludentes de responsabilidade por ausência de culpa do agente (interpretação subjetivista). Em razão, todavia, da perda de centralidade da culpa enquanto fator de legitimação do dever de indenizar e do aprimoramento do conteúdo dogmático (fático e jurídico) do pressuposto, foi-se paulatinamente reconhecendo o predomínio de uma interpretação dita objetivista, que permitiu compreender as aludidas situações como geradoras da interrupção do liame de causa e efeito entre o dano e o fator de atribuição e desprovidas, portanto, de qualquer juízo de censura ou de reprovabilidade da conduta¹²⁷⁹.

Ao contrário de toda a divergência que tende a se apresentar quanto à demarcação dos critérios para de delimitação do nexa causal relevante à responsabilidade civil, especialmente à vista das diversas teorizações a respeito, há um certo consenso doutrinário no que tange à ruptura da cadeia etiológica, em especial no que tange à enumeração do grupo de eventos que bastam a este fim¹²⁸⁰. São apontadas, portanto, como situações aptas a excluir a causalidade, o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo de terceiro e o fato exclusivo da vítima, desde que seja

¹²⁷⁷ ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., p. 173.

¹²⁷⁸ COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 59.

¹²⁷⁹ GALLO, Paolo. *Introduzione...*, cit., p. 131; COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., pp. 62-64; MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., p. 245; DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., pp. 790-791.

¹²⁸⁰ Como assinala ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., p. 170, nota 148, o que o faz tendo em vista o disposto no artigo 41, n. 2, primeira parte, do Código Penal italiano, aplicável subsidiariamente à espécie e nos termos do qual “[a]s causas supervenientes excluem a relação de causalidade quando são por si suficientes a determinar o evento”, a solução desta problemática – quando comparada à sucessão de causas que pertencem a um mesmo processo etiológico – aparenta-se um tanto óbvia. Ora, se uma causa basta, *per se*, a causar o dano, independentemente das demais, afigura-se notória a sua capacidade para promover a ruptura da lógica causal, o que basta a excluir a responsabilidade do agente que para ela não concorreu.

possível individualizar a sua específica concorrência para o dano e o seu potencial para, em concreto, causá-lo¹²⁸¹.

O primeiro grupo de hipóteses a merecer exame – até mesmo pela maior facilidade na sua delimitação – é integrado pelo caso fortuito e pela força maior. Os referidos conceitos não são de uso exclusivo da responsabilidade civil, afigurando-se úteis a uma série de situações outras inerentes ao regime geral do direito das obrigações¹²⁸². A sua especial relevância ao debate ora em curso, contudo, é inquestionável, em especial tendo em vista tratar-se de uma das poucas hipóteses em que a lei expressamente autoriza a exclusão da responsabilidade objetiva¹²⁸³.

Ambas as figuras costumam ser referidas em paralelo, pois trazem em si elementos comuns, tais como o fato de serem externas ao evento e irresistíveis ao agente que, por isso, não se encontra em condições de evitar a sua ocorrência e, por conseguinte, o resultado correspondente¹²⁸⁴. Sem prejuízo disso e não obstante os

¹²⁸¹ GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 131.

¹²⁸² Tanto que, especificamente no sistema jurídico brasileiro, a regra que trata do caso fortuito e da força maior sequer é específica à responsabilidade extracontratual, pois relacionada ao inadimplemento das obrigações; a propósito, dispõe o artigo 393 do Código Civil de 2002 que “[o] devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou da força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Também no direito italiano a questão vai reconduzida às regras gerais do inadimplemento, mesmo que de modo implícito (diante da ausência de uma menção expressa ao caso fortuito e à força maior), invocando-se para este fim o disposto no artigo 1.218 do *Codice*, segundo o qual “[i]l debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”; aqui, *causa a ele não imputável* é lida como sinônimo de ruptura do nexo causal e, por conseguinte, associada à noção alargada de caso fortuito. Tanto que, a este respeito, VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., p. 154, refere a possibilidade de se lançar mão das expressões *caso fortuito* e *forza maggiore* para concretizar o aludido preceito, com o fim de referir aos “eventi che per la loro natura si sottraggono al controllo del debitore e quindi devono essere considerati impedimenti a lui non imputabili”. Ao contrário, na estrutura do delito, o artigo 45 do Código Penal italiano é taxativo ao dispor que “[n]on è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore”, fazendo, portanto, alusão expressa a ambos os conceitos, não obstante a lei em si não traga qualquer delimitação acerca dos contornos de cada um ou mesmo da diferenciação entre eles. Tal interpretação não é uniforme, havendo quem sustente que o emprego de uma noção mais rigorosa de caso fortuito bem serviria a diferenciá-lo da ideia de causa não imputável; assim, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 67.

¹²⁸³ Em verdade, existem situações nas quais sequer o caso fortuito e a força maior são aptos a excluí-la. Trata-se do que a doutrina tem denominado imputação objetiva agravada, sucedendo, por exemplo, nas hipóteses de responsabilidade decorrente do emprego de energia nuclear; sobre o tema, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 62.

¹²⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., pp. 245-246. Fala-se, ainda, consoante FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado...**, cit., p. 483, no atributo da inevitabilidade, assim entendido como “o fato imponderável e atual, que surge de forma avassaladora e seus efeitos são irresistíveis”. A identificação destes elementos também tem sido utilizada pela

incontáveis esforços destinados a demarcar a diferença entre uma figura e outra¹²⁸⁵, diversas são as soluções apresentadas a este fim.

Enquanto uma parte da doutrina tende a referir que a imprevisibilidade caracteriza o caso fortuito e a inevitabilidade (*vis maior cui resisti non potest*) é típica da força maior¹²⁸⁶, outra prefere associar estas situações a eventos da natureza (v.g., raios, tempestades, terremotos)¹²⁸⁷ e, aquelas, a fatos humanos não individualizados (v.g., greves, conflitos armados)¹²⁸⁸. O certo é que, para fins de exclusão do nexo causal, é imprescindível que o evento tenha não apenas relevância de, por si, causar o dano, como seja imprevisível, intransponível e estranho ao contexto em que ocorre, ao ponto de não poder ser repellido ou, de algum modo, ser imputável ao agente responsável pela conduta ou pela atividade a que está associado (mesmo que em decorrência da assunção do risco próprio)¹²⁸⁹.

jurisprudência, que tem reconhecido que “o[s] conceito[s] de caso fortuito ou de força maior encontram-se associados a situações não imputáveis àquele que se encontra obrigado, por revestirem as características da imprevisibilidade e da inevitabilidade” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 7895/05.0TBSTB.E1.S1. 2ª secção. Rel. Cons.ª Maria da Graça Trigo. J. em 07 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>. Acesso em: 13 ago. 2017).

¹²⁸⁵ As dificuldades a respeito decorrem do fato de, não obstante o Código Civil, nos três sistemas sob comparação, fazer diversas referências ao caso fortuito e à força maior, não trazer qualquer elemento delimitador que auxilie na sua concretização, trabalho que, por isso, vai atribuído à doutrina. Assim, COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo...**, cit., p. 59

¹²⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa...**, cit., p. 91. Na verdade, ambos são, em última análise, inevitáveis; o que ocorre é que enquanto o caso fortuito assim o é em função da imprevisibilidade, a força maior em razão de não poder ser evitada, já que superior às forças do agente.

¹²⁸⁷ GALLO, Paolo. **Introduzione...**, cit., p. 131.

¹²⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado...**, cit., p. 482.

¹²⁸⁹ Para este norte aponta a jurisprudência, em construção que se mostra comum ao entendimento que tem sido perfilhado pelos Tribunais nos três sistemas sob comparação, afirmando que “Il caso fortuito equivale a mancanza di colpa, pur sussistendo il nesso causale, mentre la forza maggiore costituisce un impedimento che derivi da cause esterne e che non sia imputabile all’agente – bisogna affermare che la possibilita’ di invocare il fortuito o la forza maggiore sussiste solo se il fattore causale estraneo al soggetto danneggiante abbia un’efficacia di tale intensità da interrompere il nesso eziologico tra la cosa e l’evento lesivo, ossia che possa essere considerato una causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l’evento. Una pioggia di particolare forza ed intensità, protrattasi per un tempo molto lungo e con modalità tali da uscire fuori dai normali canoni della meteorologia, può, ragionando in astratto, integrare gli estremi del caso fortuito o della forza maggiore; ma non quando sia stata accertata dal giudice di merito l’esistenza di elementi dai quali desumere una sicura responsabilità proprio del soggetto che invoca l’esimente in questione” (ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza n. 26545, di 17 dic. 2014. III Sezione. Rel. Cons. Francesco Maria Cirillo. Disponível em: <http://juriswiki.it/provvedimenti/sentenza-corte-di-cassazione-sez-civile-iii-26545-2014-it>>. Acesso em: 15 ago. 2017). Não se desconsidera que o precedente parte de uma premissa cujo equívoco já foi outrora assinalado e que se materializada na inapropriada referência à ausência de culpa; todavia, o desenvolvimento que está subjacente condiz com as noções de caso fortuito e de força maior antes delineadas.

Os segundo e terceiro grupos que poderiam ser delineados a partir da estrutura geral antes posta dizem respeito, respectivamente, ao fato exclusivo da vítima e ao fato exclusivo de terceiro. O raciocínio é exatamente o mesmo daquele antes estruturado em relação ao caso fortuito e à força maior: é necessário que a concorrência causal seja não apenas imprevisível e anormal, situando-se, por assim dizer, fora do desdobramento etiológico em curso, mas também – e principalmente – determinante *per se* à causação do evento¹²⁹⁰. E a diferença entre uma e outra, como se infere da própria designação, está no fato de que naquela a interferência provém do próprio sujeito atingido pela lesão e, nesta, de um elemento cuja participação é apenas accidental na relação original¹²⁹¹.

A aferição dos argumentos até o momento postos – todos, registre-se, vertidos na tentativa de dar uma estrutura dogmática autônoma a cada uma das figuras – em cotejo com o modo como a jurisprudência tem enfrentado as questões relativas à ruptura do nexo causal permite concluir que, em verdade, as quatro situações sob exame têm sido de algum modo reconduzidas a um conceito alargado de caso fortuito. Aliás, conceito este apto a, mesmo que empiricamente, abarcar todas as situações antes referidas e diferenciar, no caso concreto, a aptidão ou não de cada uma delas para, à vista dos elementos comuns que as unificam, implicar na exclusão de responsabilidade¹²⁹².

¹²⁹⁰ ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., p. 175. Também FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Noto Tratado...**, cit., pp. 486-488.

¹²⁹¹ Deve-se consignar que um elemento de especial utilidade prática a distinguir os fatos exclusivos da vítima e de terceiro do caso fortuito e da forma maior está na possibilidade de que, ao contrário destes (de regra), mesmo quando não tenham capacidade para acarretar, sozinhos, a interrupção do nexo causal, possam, de algum modo, contribuir ao resultado, convertendo-se, assim, em autênticas concausas supervenientes concorrentes. Algum debate se estabeleceu a respeito, preponderando na doutrina tradicional o entendimento de que ou a causa era determinante – e rompia o nexo causal – ou era irrelevante; hodiernamente, contudo, tendo em vista o inegável incremento da complexidade das relações privadas, foi necessária a adoção de um posicionamento mais flexível, de maneira a cogitar-se, especialmente no fato concorrente da vítima, a possibilidade da redução da indenização devida. Sobre o tema, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., pp. 238-240; MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., pp. 249-250. Esta, aliás, é a exata dicção do artigo 945 do Código Civil brasileiro de 2002, nos termos do qual “[s]e a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano”. O mais certo seria não falar em culpa, mas em concorrência causal apenas, estatuinto que a indenização seria reduzida na proporção da contribuição para o resultado.

¹²⁹² Tanto que, como observa ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno...**, cit., pp. 176-177, quando os artigos 2.051 e 2.052 do *Codice* preveem a possibilidade de que o caso fortuito possa excluir a responsabilidade objetiva, tal referência deve ser interpretada como apta a abarcar também a força

Nestes termos, é possível afirmar que, independentemente dos esforços de classificação empreendidos pela doutrina, a operacionalização das situações de ruptura do nexo causal bem se pode dar por meio da verificação dos seus elementos comuns. Configura-se, deste modo, com o impedimento do surgimento do dever de indenizar, nas situações em que um evento estranho à cadeia causal, externo ao seu desdobramento, não imputável ao lesante e suficiente por si a causar o dano seja verificado.

Debate interessante se coloca quanto aos limites do nexo causal, de modo especial tendo em conta a possibilidade de abrangência dos danos indiretos. E, seguindo esta linha, passou-se a empregar, a partir da antes aludida noção alargada de caso fortuito, uma diferenciação entre evento interno e evento externo que se tem apresentado bastante útil do ponto de vista prático, nomeadamente diante da variação de consequências à vista da ocorrência de um ou de outro. Trata-se das noções de caso fortuito interno – assim compreendido como aquele que é, de algum modo, inerente à conduta ou à atividade do agente, estando, pois, a ela relacionado – e de caso fortuito externo – este sim estranho à esfera de atuação do, em tese, responsável¹²⁹³.

Esta diferenciação foi acolhida pela jurisprudência (especialmente brasileira)¹²⁹⁴ e tem servido como baliza à demarcação dos limites da responsabilidade

maior e os fatos exclusivos da vítima e de terceiro, desde que sejam capazes de produzir de modo autônomo o dano, absorvendo o nexo causal. Nas palavras da autora, “si può escludere la responsabilità solo provando il caso fortuito inteso nella sua ampia accezione, compressivo cioè sia del fatto del terzo che del danneggiato”.

¹²⁹³ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**, cit., p. 247. Conforme bem esclarece o autor, no fortuito interno o risco – assim entendido enquanto probabilidade de ocorrência do evento – é inerente à atuação, ou seja, é atinente à conduta ou à atividade em tese apta a gerar o dano; já o fortuito externo é totalmente alheio à atuação do sujeito cuja responsabilidade se cogita, aproximando-se, por isso, da noção tradicional de força maior.

¹²⁹⁴ Apenas para demonstrar como se orienta a jurisprudência, cumpre destacar dois precedentes, um reconhecendo e outro afastando a ocorrência do fortuito externo que, em última análise, vai reconduzido à condição de causa geral de ruptura do nexo de causalidade (a abranger não apenas o caso fortuito propriamente dito e a força maior, mas também o fato da vítima e o fato de terceiro). Neste sentido: “Responsabilidade civil (...) 1. A responsabilidade do transportador, nos termos do art. 750 do Código Civil, é objetiva, mas poderá ser elidida pela ocorrência de força maior ou fortuito externo, isto é, estranho à atividade. 2. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o arremesso de objeto de fora do trem não configura risco inerente à atividade de transporte, não gerando o dever de indenizar, por se tratar de caso fortuito externo. Precedentes. 3. Agravo interno desprovido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial n. 968878/SP. 4ª Turma. Rel.

civil – especialmente objetiva – em razão da concorrência de eventos que possam ser considerados fortuitos e que, por isso, bastem a romper o nexo de causalidade. Nesta linha, apenas aqueles que forem de todo estranhos, não apenas ao processo causal em curso, mas, mais do que isso, às próprias características da conduta ou da atividade desenvolvida, serão suficientes à exclusão da responsabilidade.

Esta tentativa representa, de igual modo e em última análise, a concretização dos preceitos postos pelas teorias normativas acerca do nexo causal referidas no item precedente (em especial a do escopo da norma), pois exige o aferimento, na situação concreta, se os danos estavam ou não dentro da proteção que se esperava para os interesses postos em causa. Assim é que, quando do exame do caso concreto, cumpre assinalar se o evento em relação ao qual se pretende reconhecer potencialidade para romper o nexo de causalidade estava ou não situado (por isso interno ou externo) dentro da margem de proteção predisposta pelo ordenamento para aquela situação¹²⁹⁵.

Min. Marco Buzzi. J. em 09 mar. 2017). Já o segundo: “Tiroteio ocorrido em loja de *shopping center*. Disparo de arma de fogo que atingiu cliente do centro de compras. Responsabilidade civil configurada. Caso fortuito. Não ocorrência. Agravo não provido. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, faz parte do dever dos estabelecimentos comerciais, como *shopping centers* e hipermercados, zelar pela segurança de seus clientes, não sendo possível afastar sua responsabilidade civil com base em excludentes de força maior ou caso fortuito. 2. *In casu*, o autor da ação indenizatória foi vítima de disparo de arma de fogo ocorrido nas dependências do *shopping center* enquanto acontecia uma tentativa de assalto a uma de suas lojas, ficando configurada a responsabilidade do estabelecimento por indenizar os danos materiais e morais sofridos pelo autor. 3. Agravo interno a que se nega provimento”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial n. 790302/RJ. 4ª Turma. Rel. Min. Raul Araújo. J. em 16 fev. 2017). Ambas as decisões disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>; acesso em: 15 ago. 2017.

¹²⁹⁵ Merece referência, neste particular, um conjunto de decisões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro que, ponderando a natureza da atividade bancária, os riscos a ela inerentes e o intento predisposto nas normas que a regulam, especialmente quando envolvidos contratantes não profissionais (tidos, por isso, como vulneráveis), foi consolidado por meio do enunciado de jurisprudência n. 749, segundo o qual “[a]s instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 749. 2ª Seção. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 227 p. 937). Em igual sentido, fazendo semelhante aplicação do escopo da norma em uma situação de aparente ruptura do nexo causal, também a Corte de Cassação italiana entendeu por manter a obrigação de indenizar diante da conclusão de que o fato alegadamente interruptivo da relação de causalidade estava situado dentro da margem do risco da atividade (era, na acepção empregada pela jurisprudência brasileira, um fortuito interno). Tratou-se, neste particular, da responsabilidade do proprietário de uma padaria (objetiva por força da aplicação da regra do artigo 2.051 do *Codice*) pela queda de uma cliente sobre o piso do estabelecimento, o qual se tornara escorregadio em razão da água da chuva introduzida pelos demais quando do seu ingresso portando guarda-chuvas gotejantes. Em razão dos fatos e da sua conjugação com os preceitos normativos de regência, entendeu a Cassação que os danos estavam situados dentro

E, em razão do até aqui exposto, cumpre examinar a forma como se conjugam e a maneira como se colocam os pressupostos assim ditos objetivos em um plano metodológico de apresentação de um regime geral de responsabilidade objetiva.

3 O papel do dano (e da sua causalidade) num regime geral de responsabilidade objetiva

A análise da forma como se operacionalizam o dano e o correspondente nexo de causalidade na estrutura da responsabilidade civil em geral e, de modo particular, nas situações de responsabilidade objetiva, permite formar convicções que são de alguma utilidade à tentativa de estruturação de um regime geral.

A primeira delas diz respeito à centralidade e à imprescindibilidade de ambos os pressupostos em comento, os quais dão unidade à pretensão de estruturação de um regime geral, mesmo à vista da fragmentariedade das *fattispecie* respectivas (no que tange aos diversos nexos de imputação possíveis), nos moldes em que se está a propor no curso da presente investigação. A segunda, contudo, está associada à necessidade de que, para tanto, tenham o seu conteúdo despido de um viés preponderantemente objetivo-naturalístico para assumir uma conformação de cunho jurídico-normativo apta a abarcar os fragmentos de relevância daquilo que a simples previsão legal de imputação não basta e que, num regime geral de natureza subjetiva, é desenvolvido pelos pressupostos de matriz subjetiva (imputabilidade, culpa e ilicitude).

dos limites da proteção que se esperava à vítima, diante da situação verificada, não se podendo reconhecer que a ação dos anteriores clientes no que tange à introdução da água da chuva no local poderia ser considerada uma autêntica hipótese de ruptura do nexo causal entre a guarda da coisa em custódia (fator de atribuição da responsabilidade objetiva) e os danos sofridos pela ofendida. Neste sentido: ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza n. 13222, di 27 giu. 2016. Sezione III Civile. Rel Cons. Luigi Alessandro Scarano. Disponível em: <<http://www.anacinterprovinciale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/07/2016-06-27-Cassazione-Civile-n.-13222-caduta-pavimento-bagnato-no-caso-fortuito-danni-li-paga-custode.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

No que pertine ao dano, a assunção de um viés normativo dá-se por meio da juridicização do conceito respectivo, não se mostrando suficiente a este fim, contudo, a mera referência a um genérico critério de justiça, em especial diante da confusão semântica que tal pode acarretar em razão do pressuposto do dano injusto enquanto dano juridicamente relevante. Pressupõe, portanto, a concorrência da efetiva verificação da existência de um mecanismo de tutela do interesse social caracterizado enquanto instrumento de concretização de um anseio de justiça distributiva (e não somente comutativa)¹²⁹⁶.

A este propósito, todavia, não há como se desconsiderar a eficiência com que o modelo normativo do dano injusto, por intermédio da concretização judicial que lhe é característica, tem-se desincumbido do mister que lhe fora confiado, colocando-se como alternativa intermediária entre o rigorismo da tradição alemã e a abertura demasiada da cláusula geral francesa (carente justamente de um referimento normativo explícito para além da *faute*). Nestes termos, é notório reconhecer a sua eficiência para fins de desempenhar a seleção dos interesses merecedores de tutela que se manifesta por intermédio da imputação aquiliana (nomeadamente objetiva), com o progressivo reconhecimento de danos que outrora não eram ressarcíveis e, ao mesmo tempo, o desempenho da imprescindível função de limitador da responsabilidade civil, já que apenas o prejuízo caracterizável como ilegítimo será fonte de um dever de indenizar¹²⁹⁷.

O mesmo sucede com o nexo causal que, diante do panorama de ressystematização proposto, apresenta-se inegavelmente útil à proposta de um regime geral de responsabilidade objetiva e se encontra, tal qual o dano, no centro da estrutura imputacional, fazendo as vezes de filtro de seleção dos interesses merecedores de tutela¹²⁹⁸, nomeadamente a partir de uma feição normativa¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ RODOTÀ, Stefano. *Il problema...*, cit., p. 60.

¹²⁹⁷ BUSNELLI, Francesco Donato. *Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, pp. 30-32.

¹²⁹⁸ Neste particular, está-se de acordo com MONATERI, Pier Giuseppe. *Responsabilità civile (voce)*, cit., p. 12., para quem seria desejável que as controvérsias relacionadas à seleção dos danos ressarcíveis não fossem resolvidas propriamente no campo da causalidade, mas sim por meio da valoração dos elementos normativos do dano (seja por meio da ideia de injustiça ou, melhor ainda, da noção de relevância jurídica). Todavia, o exame da forma como se dá o processo de juridicização de ambos os pressupostos, que se integram e assumem a centralidade do juízo de imputação objetiva – juízo este

E, à vista das ponderações postas, deve-se consignar que, tendo por base os termos do regramento vigente em matéria de causalidade nos três ordenamentos sob comparação, é possível reconhecer que, contrariamente ao que tem preponderado na doutrina tradicional, a lei propriamente dita não faz uma opção clara por uma ou outra das teorias antes apresentadas. Diante dos poucos elementos passíveis de serem recolhidos dos dispositivos legais predispostos a tratar do tema, pode-se concluir que a opção por determinada construção decorre de um trabalho de interpretação da doutrina e da jurisprudência, fazendo com que não seja possível excluir qualquer das alternativas que porventura venham a se apresentar mais eficientes a este fim¹³⁰⁰. Ou, dito de outro modo, as diversas teorias desenvolvidas, todas elas, têm potencial para, de algum modo, contribuir com a determinação do nexos causal relevante à responsabilidade civil, fazendo com que a compatibilização das necessidades do caso concreto autorize a invocação dos preceitos que com ele mais intimamente se conectem, para fins de realização do processo de subsunção dos fatos à norma de regência¹³⁰¹.

que, como visto, está longe de se legitimar na pura causalidade e tampouco de mera verificação do dano a ser reparado – bem serve a compreender a sua relevância na estruturação de uma ideia geral de responsabilidade objetiva, coenvolvendo das mais diversas *fattispecie* existentes.

¹²⁹⁹ A imprescindibilidade de uma conotação normativa para o nexos causal – especificamente no que tange à responsabilidade objetiva, mesmo que numa acepção limitada pela noção de responsabilidade pelo risco –, é reconhecida por BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos...**, cit., p. 95, quando sustenta que “[a] questão da causalidade transmuta-se, afinal, num problema normativo. Na sua dupla vertente: enquanto requisito de recondução do evento lesivo a uma esfera de risco – cumprindo, portanto, a dimensão imputacional primária; e enquanto critério de delimitação dos danos indenizáveis”.

¹³⁰⁰ E talvez sequer se faça necessário uma opção conclusiva acerca da adoção de uma ou outra teoria, bastando que se tenha presente a relevância da aferição do desdobramento lógico e razoável de cada uma das circunstâncias que, em tese, concorrem para o prejuízo, sem perder de vista que, em última análise, a causalidade deve ser produto de uma valoração jurídica. Neste sentido, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 100.

¹³⁰¹ Pretende-se com isso afirmar, por exemplo, que a verificação da *conditio sine qua non* constitui-se de ponto de partida para qualquer aferição (não obstante não baste à solução final de todas as situações, pela sua demasiada amplitude), com o exame, na sequência, da adequação de cada uma das condições presentes para, por si só, implicarem na ocorrência do dano (a partir de uma sequência lógica de desenvolvimento, tendo em vista a previsibilidade do resultado danoso a partir de uma valoração em abstrato da sequência de acontecimentos), tudo sem perder de vista a importância de que tal se dê tendo em conta o âmbito de proteção da norma que salvaguarda os interesses violados e relativamente aos quais operou-se a perda de uma utilidade tutelada pelo direito. Pode ser que a primeira verificação já baste a solucionar o caso, quando a sua complexidade diminuída assim o permitir; pode ser, contudo, que seja necessário avançar nas etapas seguintes deste processo de subsunção, passando-se, por isso, de uma verificação naturalística (causalidade adequada) para uma verificação normativa (escopo da norma) que, em última análise, diante de uma eventual insuficiência de preceitos de ordem científica, terá de dar uma solução jurídica à controvérsia, demarcando, assim, o âmbito de aplicação da

Nesta linha, os temas relacionados ao prejuízo reparável e ao nexo de causalidade imbricam-se de forma inarredável, de modo que a solução de alguns dos problemas mais intrincados de causalidade depende da determinação do dano juridicamente relevante. Tanto é verdade que tal permite inferir que a ligação causal se constitui em condição necessária, mas não suficiente a reconduzir ao surgimento de um vínculo obrigacional indenizatório¹³⁰², não havendo como se pretender a imputação objetiva como uma autêntica hipótese de responsabilidade baseada na mera causalidade¹³⁰³.

Cria-se, com isso, tal qual, aliás, já referido em oportunidades pretéritas, um ambiente favorável à efetividade de um processo de objetivação dos dados em relação aos quais vai estabelecido o juízo de responsabilidade objetiva, o que deve ser ponderado para se atribuir algum significado ao requisito da relevância jurídica do dano – seja por meio da noção italiana de injustiça ou de outra que se lance mão para o fim ora perseguido. O fato danoso, então, passa a ser definido a partir de elementos da conduta em sentido lato e do prejuízo sofrido (associados entre si) e qualificado com base em requisito normativo (no caso da paradigmática experiência italiana, o critério de seleção da *ingiustizia*), que serve como condição geral para o juízo de responsabilidade, a transformar a culpa, o dolo, o risco ou a garantia, por exemplo, em meros critério de ligação¹³⁰⁴.

Todo este processo jurídico, que se materializa em um regime geral de responsabilidade objetiva por meio da necessidade da juridicização dos conceitos de dano e de nexo causal, tem por fim viabilizar a intervenção corretiva na aplicação da imputação, mesmo à vista da sua esfera de aplicação, em tese, mais restrita. Pretende-se, desta feita, que a responsabilidade objetiva possa-se converter em um sistema eficiente de reparação das situações cuja socialização do prejuízo, à luz do princípio da

responsabilidade civil na situação concreta por meio da determinação do nexo etiológico. Esta estruturação em etapas ou fases é defendida por CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 550, não obstante o faça, diversamente do ora proposto, em quatro estágios (o segundo é partido em dois, a saber, a causalidade adequada propriamente dita e a causalidade provocada).

¹³⁰² BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**, cit., p. 30

¹³⁰³ VIOLANTE, Andrea. **Responsabilità oggettiva e causalità flessibile**. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 33-34.

¹³⁰⁴ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., p. 116.

solidariedade, exige a retirada dos ônus respectivos da pessoa do lesado, mas sem perder de vista a impossibilidade de que se venha a tornar instrumento de chancela da “própria indolência” ou de uma “vitimização negatória da autorresponsabilidade e da diligência para com os próprios interesses”¹³⁰⁵.

Por isso é que a integração de uma estrutura centrada em um conceito juridicizado de dano, que se conecta por meio de uma causalidade igualmente normativa a nexos de imputação bem delimitados, é fundamental a permitir o balanceamento de interesses ínsito ao juízo de responsabilidade e a converter o instituto, por meio de uma formulação geral que lhe dê unidade, em instrumento de efetiva gestão dos prejuízos.

Apresentar, portanto, os termos em que se pode colocar o regime geral de responsabilidade objetiva que se está a propor é tarefa a ser efetivada.

¹³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral...**, cit., p. 7089.

CAPÍTULO IV

POR UM REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

FUNDAMENTO, ESTRUTURA E FUNÇÃO

“[Lo] studio della responsabilità civile forse stà vivendo
la sua fase più suggestiva”

Francesco D. Busnelli

Todo o percurso trilhado permite chegar na parte propositiva da investigação com uma certeza: a responsabilidade civil objetiva, sem prejuízo da sua aparente fragmentariedade, traz em si um senso de unidade que não pode ser desconsiderado. Unidade de sentido, unidade de fundamento, unidade de estrutura e unidade de função, cumprindo, diante disso, propor a sua (re)construção sistemática.

A tarefa não é simples, como não foi até aqui, o que somente se agrava diante da sedutora possibilidade de fuga para o caminho mais fácil, qual seja, o apego à diversidade dos nexos de imputação para, em razão disso, negar-se a viabilidade jurídica do regime geral que se está a propor. Ocorre que todas as considerações apresentadas chamam ao bom combate, pelo que se afigura relevante apresentar as bases sobre as quais se funda a unidade proposta e, à vista disso, alguma experimentação desta proposta, por meio do seu exame, tendo em vista regime especialmente paradigmático que bem representam o todo exposto.

Por isso vai o derradeiro capítulo dividido em duas partes principais: uma primeira, de natureza preponderantemente teórico-dogmática, voltada a agrupar as premissas sobre as quais se funda o regime geral da responsabilidade civil objetiva,

apresentando-as com o sentido de reconstrução sistemática; e uma segunda, assim dita demonstrativa, tendente a aferir a razoabilidade destas premissas a partir de um regime especial cuja concretização, pela complexidade que encerra, parece bem sintetizar um pouco do todo até aqui demonstrado.

§ 1º BASES PARA A RECONSTRUÇÃO UNITÁRIA DE UM REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

As digressões de cunho teórico que se encontram na base do presente estudo – nomeadamente no que tange à delimitação da hodierna noção de responsabilidade civil, à demarcação do fundamento de legitimidade da responsabilidade objetiva enquanto categoria jurídica e à demonstração da sua estrutura uniforme a partir da releitura dos seus pressupostos centrais – não apenas aclaram as dúvidas iniciais próprias de qualquer investigação, como também bem servem a dar coesão à proposta em curso.

Nesta linha é que, para tornar viável a construção de um regime geral de imputação objetiva, mesmo partindo da experiência secular desenvolvida em torno da responsabilidade assente na culpa, careceu-se de uma releitura de fundamento, de estrutura e de funções, as quais lhe dão alguma singularidade. Apresentar as bases sobre as quais se fundam esta proposta, na linha do todo já analisado, é tarefa que se impõe, porquanto imprescindível a realizar o fecho da reconstrução sistemática almejada.

1. O fundamento unitário da responsabilidade civil objetiva e o seu papel na construção de um regime geral de imputação

Uma das justificativas teóricas que autorizam falar num regime geral de responsabilidade objetiva é o fato de se poder identificar um fundamento unitário de

legitimação¹³⁰⁶. Ou seja, uma causa normativa que sirva a atribuir coesão e integração às mais variadas *fattispecie*, independentemente da ausência de unidade no que toca ao nexo de imputação, viabilizando, com isso, a possibilidade de se apresentar uma hipótese de reconstrução sistemática.

Os esforços desenvolvidos neste sentido permitiram demonstrar que, partindo da concepção atual de responsabilidade civil e tendo em vista os principais objetivos por ela perseguidos através de um regime centrado na resposta ao dano ilegítimamente sofrido pela vítima e não do ato ilícito praticado pelo lesante, a noção jurídica (e revisitada) de solidariedade apresenta-se como elemento agrupador da justificação do surgimento de um dever de reparar danos para além do princípio da culpa.

Daí que, como forma de demonstrar a operatividade deste fundamento de legitimidade, cumpre aferir o modo como o princípio em causa opera na consecução de um regime geral de responsabilidade objetiva.

1.1 Responsabilidade objetiva e balanceamento de interesses

Do todo apresentado no curso da presente investigação, é notório reconhecer que a responsabilidade civil, no atual cenário da civilística contemporânea, tem sido chamada a dar respostas a controvérsias que, por certo, sequer podiam ser pensadas na sua gênese. Partindo do seu nascedouro, associado à ideia de delito, até a sua conformação atual, várias foram as transformações sofridas, seja no seu fundamento, seja no seu regime de pressupostos, tudo com o fim de bem atender às funções que lhe foram sendo paulatinamente relegadas.

¹³⁰⁶ Consoante ensina MARTINS-COSTA, Judith. **Os Fundamentos da Responsabilidade Civil**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 15, n. 93, out. 1991, p. 31, “[o] fundamento, seja de uma regra ou de uma instituição, é a razão que a justifica e pela qual se estabelece a necessidade de conformidade dessa regra com os ideais de justiça vigentes em uma determinada sociedade, em um determinado momento de sua história”.

Nesta linha de sistematização, não há dúvidas que, inserida em um contexto socioeconômico deveras multifacetado, alternativa não restou ao instituto senão apresentar-se como um autêntico moderador de interesses, o que se concretiza por intermédio de um balanceamento entre pretensões contrapostas. Bem compreender a forma como se dá este processo é tarefa de suma relevância ao estabelecimento, a partir de um fundamento uniforme de legitimação, das bases para um regime geral de responsabilidade civil objetiva.

1.1.1 A noção atual de responsabilidade civil e o papel da ponderação entre os interesses do lesante e do lesado

Diante das digressões formuladas precedentemente acerca da construção do hodierno conteúdo do termo *responsabilidade civil*, é possível inferir que a complexidade estrutural adquirida pelo instituto é, em verdade, a reprodução da complexidade das relações que passaram a ser por ele reguladas. Vencida a estabilidade aparentemente conquistada com a sistematização oitocentista, o que foi inevitável em decorrência das profundas transformações pelas quais passou o mundo ocidental de tradição jurídica continental, foi imperioso o reconhecimento de que o princípio da culpa não tinha potencial para traduzir e sintetizar a totalidade dos anseios sociais envolvidos e cujas necessidades careciam de ser atendidas.

Neste cenário de transição, marcado que foi por duas “viradas” de grande vulto ocorridas num relativamente curto espaço de tempo – primeiro para uma sociedade industrializada e, após, para uma sociedade de massa, assim entendida enquanto característica indelével da pós-modernidade¹³⁰⁷ –, a responsabilidade civil restou chamada a solucionar situações que transcendiam a mera imputação de um

¹³⁰⁷ Assim, JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado**. Trad. Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 88, v. 759, jan. 1999, pp. e 27-28. Com maiores desenvolvimentos do que se convencionou chamar de “viradas” de evolução rumo a uma sociedade assim dita pós-moderna e os seus reflexos no direito privado e na própria noção de responsabilidade civil, permita-se reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano Moral Coletivo**. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014, p. 74, inclusive nota 162.

dano a partir da máxima segundo a qual, em sendo livre para agir, o sujeito deve responder pelos seus atos. E esta transição veio a se materializar de diversas formas, mas nomeadamente por meio da abertura dos regimes a influxos de objetivação, tanto por meio do nexo de imputação propriamente dito, quanto por intermédio da releitura dos seus pressupostos constitutivos.

Tudo isso, aliado a um grande debate acerca das funções que hoje são esperadas do instituto, muitas vezes para além da clássica reparação dos prejuízos sofridos pelo lesado¹³⁰⁸, contribuiu, em larga escala, para uma revisão da noção atual de responsabilidade civil, resumindo-se a questão central que hoje lhe é posta à satisfação das dúvidas acerca de quais danos devem ser considerados relevantes num cenário de inúmeros prejuízos que se projetam nas esferas jurídicas alheias¹³⁰⁹.

Todo este panorama, já analisado com maior vagar em momento precedente, serviu a demonstrar que à responsabilidade civil incumbe, hoje, por meio das suas mais variadas manifestações, a realização de uma ponderação entre interesses contrapostos – no caso, aqueles atribuíveis ao lesante e aqueles titulados pelo lesado –, contraposição esta que surge com a causação do dano. Isso porque a hipercomplexidade social que caracteriza a pós-modernidade agrega inúmeros fatores (das mais variadas ordens) às relações interpessoais, fatores estes que não podem ser

¹³⁰⁸ Consoante refere MONATERI, Pier Giuseppe. **Natura e scopi della responsabilità civile**. Disponível em: <http://www.academia.edu/21500632/Natura_e_Scopi_della_Responsabilit%C3%A0_Civile>. Acesso em: 11 out. 2017, p. 18, a par das diversas funções hoje atribuídas à responsabilidade civil, nenhuma delas é capaz de, sozinha, explicar a complexa estrutura sobre a qual o instituto está assentado e, por conseguinte, traduzir uma noção unitária do conteúdo que o termo empregado para lhe fazer alusão representa. O tema é tratado, por esta exata razão, em larga medida pela doutrina. Com uma síntese da problemática atual, especialmente considerando a inegável centralidade da reparação e as controvérsias acerca da viabilidade, com igual apreço, para a adoção de funções outras, ver, pela sua atualidade e precisão, ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. A reparação e a pena civil. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 100 e ss.

¹³⁰⁹ Como observa ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**. Roma/Bari: Laterza, 2003, pp. 03-04, em uma sociedade tecnologicamente avançada, marcada por danos catastróficos e de massa, o debate não mais se pode resumir a um questionamento quantitativo, mas também – e precipuamente – qualitativo, o qual bem se materializa na evolução da concepção de dano e das técnicas da sua imputação a um assim dito “sujeito responsável”. Tudo isso acarreta uma mutação na feição tradicional do instituto que, por meio da revisão das noções clássicas a ele inerentes, inclusive no que tange aos critérios de imputação, tornou mais evanescente a relação entre responsabilidade e dano.

desconsiderados, o que torna qualquer pretensa identidade entre responsável e culpado uma noção, no mínimo, reducionista¹³¹⁰.

Desta feita, a gestão do prejuízo não consentido, assim entendido enquanto produto de interesses contrapostos, ambos legítimos, que entram em colisão, apresenta-se como o objeto mediato da imputação, ou seja, aquilo que se busca solucionar por meio da demarcação, em última análise, de quem deverá suportar os ônus respectivos.

Numa realidade estritamente materializada na noção de ato ilícito enquanto representação da responsabilidade civil, dita acepção não se assenta como uma decorrência lógica, ao menos na sua plenitude, pois a concorrência antijurídica e culposa do agente para a causação do dano bem serve a delimitar os encargos correspondentes. Ocorre que em se tornando insuficientes os referidos conceitos para este fim, o que decorreu da ampliação da consciência coletiva segundo a qual situações outras neles não subsumíveis mereciam idêntica tutela, surge de modo muito evidente o antes aludido conflito de interesses: ora, agindo lesante e lesado nos limites da licitude em sentido estrito – ou seja, fora da área de atuação do ato ilícito enquanto conceito conformador da responsabilidade subjetiva –, como é possível estabelecer, de modo eficiente, quem deverá suportar o dano?

Não se desconsidera que situações como a antes descrita tinham (e têm) solução bastante clara em um regime lastreado na culpa, o que se dá por meio da imposição ao lesado dos ônus de arcar com eventuais prejuízos, nas hipóteses de impossibilidade de se imputar ao lesante um ato ilícito, tudo reconduzindo à ideia de

¹³¹⁰ Uma vez mais imperioso retomar a lição de JAYME, Erick. **Visões para uma teoria...**, cit., pp. 27-28, especialmente quando lembra que esta hipercomplexidade decorre da velocidade, da ubiquidade e da liberdade que bem caracterizam a pós-modernidade, produzindo, em decorrência disso, uma antinomia e uma contraposição de interesses constantes que, transpostas à responsabilidade civil, servem a demonstrar que a solução de grande parte das controvérsias nem sempre está na maniqueísta pretensão de se identificar um culpado, mas, no mais das vezes, na eficiente gestão de interesses contrapostos que precisam conviver em harmonia. Igualmente relevante aparenta-se a observação do mesmo autor no sentido de que, em uma realidade dita pós-moderna, “[o] comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor”. Tal representa, com bastante precisão, o que pode suceder com a responsabilidade civil e a forma como opera a imputação dos danos: não significa que o princípio da culpa seja negado ou deva ser desconsiderado porquanto ultrapassado, mas que deve ser compreendido como algo que, por se estabelecer entre iguais ou, em outras palavras, por bem regular relações que se pautam pela igualdade, nem sempre é de todo adequado à satisfação das novas necessidades que se impõem.

fatalidade¹³¹¹. Em linhas mais precisas, se o deslocamento do dano de uma esfera jurídica para outra constitui hipótese excepcional, já que apenas à vista da concorrência antijurídica e culposa do agente é que se legitima por meio da imposição de um dever de reparar – sob pena de que o vínculo jurídico correspondente conflite com os dogmas da liberdade, da vontade e da autonomia privada, então diretrizes do direito das obrigações como um todo¹³¹² –, a tendência era de que grande parte dos prejuízos permanecessem nas respectivas esferas em que verificados.

Ocorre que a mudança do paradigma econômico-social fez multiplicarem-se exponencialmente as então ditas fatalidades, assim entendidas porque verdadeiras obras do acaso que, não sendo atribuíveis à responsabilidade (enquanto sinônimo de delito em sentido lato) de ninguém, deveriam ser suportados pelas próprias vítimas. Exatamente por isso é que o tendencial imobilismo do dano passou a contrastar com o senso de justiça então vigente, implicando na intolerância da manutenção deste *status quo*, mas não sem acarretar o surgimento do autêntico conflito de interesses entre lesante e lesado, o qual careceu de ser gerido pela responsabilidade civil¹³¹³.

É de se notar que esta gestão por intermédio de uma ponderação entre interesses que se dá fora da margem de abrangência do regime do ato ilícito, tal qual se está a propor, não se trata de um juízo a ser exercido com ampla liberdade pelo intérprete, sob pena de conduzir ao estabelecimento de uma típica “justiça com o coração”¹³¹⁴. A valoração comparativa dos interesses que se apresentam contrapostos diante da causação do dano deve ser feita nos estritos limites dos valores consagrados

¹³¹¹ BARCELLONA, Mario. *La responsabilità extracontrattuale*, cit., pp. 09-10.

¹³¹² Como bem observa CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 333, as máximas assentadas no individualismo e nas premissas teóricas sobre as quais se funda eram mais sensíveis à tutela da liberdade do agente (no caso, do lesante) do que à defesa do interesse lesado (no caso, da vítima do dano).

¹³¹³ Neste particular é que se deu a definitiva ruptura entre responsabilidade penal, enquanto resposta ao ilícito, e responsabilidade civil, enquanto resposta ao dano, que já se iniciara em momento precedente, com a autonomia dogmática dos institutos, mas talvez não ideológica. Nas situações associadas às ditas fatalidades, não se podia falar propriamente na existência de um culpado, mas na causação de um dano cuja imputação à vítima não podia ser admitida e, por isso, carecia de ser resolvida através de uma ponderação de interesses que passou a ser realizada pela responsabilidade civil.

¹³¹⁴ Para usar aqui uma expressão atribuível a FRADA, Manuel Carneiro da. *A equidade (ou a ‘justiça com o coração’)*, cit., p. 109, o que não condiz nem de perto com o que se busca concretizar por meio do juízo de ponderação de interesses do qual se está a tratar.

pelo direito positivo¹³¹⁵, o que não significar dizer, entretanto, que não há alguma margem de construção (mesmo que limitada), porquanto as regras de imputação vêm previstas em autênticas cláusulas gerais que, por isso, necessitam ser concretizadas.

Para este fim, a ponderação imprescindível à demarcação do dano a ser ressarcido – que se apresenta ainda mais intrincada no campo da responsabilidade objetiva – passará por uma valoração de cunho jurídico que pressupõe a individualização dos interesses que, na situação versada, mostram-se preponderantes para fins de proteção. Incumbe, nesta linha, valorar o interesse do lesado em ser ressarcido (ou, visto de outro modo, o interesse do lesado em permanecer indene) e, em paralelo, o interesse do lesante na realização do ato ou do fato, no desenvolvimento da atividade ou no exercício da posição jurídica (elementos que se constituem em possíveis fatores legais de imputação objetiva), solvendo a controvérsia advinda da causação do dano por intermédio de um balanço entre ambos e a partir de um juízo axiológico à vista dos preceitos normativos vigentes¹³¹⁶.

E tal processo de demarcação não se pode dar de todo *a priori*¹³¹⁷, prescindindo da situação concreta, já que somente diante da análise de todas as intercorrências relacionadas à causação do dano é que será possível concretizar a seleção dos interesses que, na espécie, mostram-se prevalentes, tudo através de um juízo de comparação pautado, como dito, pelas normas vigentes no ordenamento jurídico¹³¹⁸.

¹³¹⁵ DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. *La responsabilità civile*, cit., p. 190.

¹³¹⁶ Nesta linha, MONATERI, Pier Giuseppe. *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 C.C.: una nozione salda o un'occasione di revisione codicistica?* Rivista di Diritto Civile, Padova, a. 52, n. 6, pp. 523-529, nov./dic. 2006, p. 525, fala na instituição de uma ordem axiológica de prevalência entre as posições subjetivas contrapostas por meio da individualização de critérios decisórios resolutivos do conflito entre lesante e lesado.

¹³¹⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. *L'ingiustizia...*, cit., p. 525.

¹³¹⁸ O reconhecimento da necessidade de se estabelecer uma clara ponderação de interesses na concretização da responsabilidade civil, especialmente a partir de premissas estabelecidas tendo em conta a natureza dos bens jurídicos em causa, fica claro quando se atenta à forma como a matéria veio tratada, por exemplo, nos trabalhos desenvolvidos pelo *European Group on Tort Law*. Na síntese apresentada por meio dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, em especial no seu título II, capítulo 2, quando são tratados acerca dos interesses protegidos para fins de delimitação do conceito de dano ressarcível, restou assentado (artigo 2:102) que “[a] extensão da protecção de um interesse depende da sua natureza; quanto mais valioso e mais precisa a sua definição e notoriedade, mais ampla será a sua protecção”, bem como que “[a] extensão da protecção poderá também ser afectada pela natureza da responsabilidade, de forma que um interesse possa ser mais extensamente protegido face a lesões intencionais do que em outros casos” e que “[n]a determinação da extensão da

A operacionalização desta ponderação terá contornos variados que tomarão por base, por primeiro, em qual dos dois grandes regimes se sustenta a imputação: se no de matriz subjetiva, fundado no princípio da culpa, ou se no de matriz objetiva, fundado no princípio da solidariedade. Portanto, deve-se ter em mente que, consoante já afirmado, a mudança de paradigma que permitiu uma maior atenção aos regimes de responsabilidade objetiva não significou uma negação absoluta da relevância jurídica da culpa, mas apenas a sua realocação em paralelo com situações outras nas quais fossem buscadas (não apenas a sua legitimidade, mas a própria atribuição de responsabilidade) em fatores alternativos ao ato ilícito.

Daí porque se fala em um sistema bipolar de responsabilidade civil¹³¹⁹, o qual se materializa por intermédio de um paradigma dicotômico¹³²⁰. Partindo da premissa segundo a qual enquanto as atividades individuais, características que são da vida normal de relação, submetem-se a ao regime tradicional alicerçado na culpa, haverá uma gama de situações outras relacionadas a condutas, atividades ou mesmo posições jurídicas cuja relevância e especial desconexão com a normalidade da atuação humana demandam um regime de imputação que, partindo de critérios diversos (risco, perigo, vulnerabilidade e garantia, dentre outros), autorizem o surgimento de um dever de indenizar para além da constatação da prática de um ato ilícito.

proteção, devem também ser tomados em consideração os interesses do agente, especialmente na sua liberdade de acção e no exercício dos seus direitos, bem como no interesse público”. Não há dúvidas de que houve não só um expresso reconhecimento de que a responsabilidade civil contemporânea vem reconduzida, inexoravelmente, a uma ponderação de interesses contrapostos, como também que tal mister deve tomar por base balizas bem postas – consoante sintetizado com propriedade – que, no entanto, somente serão concretizadas na sua plenitude à vista das circunstâncias em concreto do problema posto, a partir do qual se possam delimitar os interesses em causa, a natureza de cada um, o grau de comprometimento a partir da lesão e a sua especial relevância tendo em vista as natureza e as características da violação, sempre guardando a necessidade de se conciliar a proteção do ofendido com a liberdade de atuação e de exercício dos direitos titulados pelo lesante e o interesse público. O mesmo se infere em CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale...**, cit., pp. 224-226, quando, tratando das características da responsabilidade civil no direito europeu comunitário, atentam para a especial atenção dispensada aos danos à pessoa, de modo a ressaltar, com isso, a prevalência da proteção conferida aos interesses correspondentes quando contrapostos a outros e reforçar a relevância da natureza dos bens jurídicos quando da realização da ponderação que caracteriza o instituto em causa.

¹³¹⁹ SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., pp. 148-149.

¹³²⁰ BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**, cit., pp. 13-15.

A verificação desta realidade bem permite concluir que não se trata da absoluta substituição do regime da culpa por outro de matriz objetiva; a evolução, aqui, significa exatamente compatibilizar ambos os regimes, cada um tendente a regular as situações que lhe são características¹³²¹.

Tendo em conta tais premissas é que cumpre delimitar como e com quais parâmetros será realizado, no campo da imputação objetiva, o juízo de ponderação de interesses que se apresenta como marca da responsabilidade civil na pós-modernidade, extraíndo-se disso fator de unidade do regime geral cuja existência se está a sustentar.

1.1.2 A seleção dos danos ressarcíveis no regime geral de imputação objetiva

Na linha do que fora até aqui desenvolvido, a colisão entre interesses, em tese, igualmente legítimos, associados à ocorrência de um dano e à imprescindibilidade de bem gerir o exercício de cada uma das esferas jurídicas envolvidas, permitiu o alargamento do campo operativo da responsabilidade sem culpa. Isso porque, tomando-se por base um regime de natureza subjetiva, é possível delimitar, por meio do conceito de ato ilícito, uma transgressão atribuível ao lesante que, deste modo, legitima o surgimento do vínculo obrigacional reparatório, realidade que não se replica com a mesma clareza nos regimes de matriz objetiva.

Parte-se, portanto, da máxima segundo a qual inúmeras atuações das quais provêm os danos são, em princípio, não apenas lícitas, mas, mais do que isso, úteis e relevantes socialmente, de maneira que a sua proscrição, total ou parcial, não é alternativa razoável; a gestão é, pois, a única alternativa eficiente na composição dos interesses contrapostos.

¹³²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 364, pp. 35-62, fev. 2008, p. 49.

Para solucionar os problemas de imputação que decorrem desta realidade é que se estrutura a responsabilidade civil objetiva, permitindo seja realizada a ponderação antes tratada, que se estabelece a partir do balanceamento entre a atuação ou a condição jurídica do lesante e a posição em que se encontra a vítima¹³²². Tal se dá por intermédio da avaliação e da valoração da situação sob exame, para o fim de se estabelecer se é razoável que o dano permaneça na esfera jurídica em que se consumou ou se é oportuno o seu deslocamento a partir de diretrizes de cunho exclusivamente jurídico.

Uma vez mais cumpre destacar que não se trata de um processo intuitivo ou pautado por um juízo de equidade, sob pena de, com o intuito de solucionar o problema advindo da causação do dano, incorrer-se em arbitrariedade voluntariosa. Trata-se, como dito, de um balanceamento em termos exclusivamente jurídico-normativos, à vista do direito posto, apenas com alguma margem interpretativa no que tange à subsunção dos fatos nas regras e nos princípios vigentes em cada sistema em matéria de responsabilidade civil objetiva.

A busca, então, de um equilíbrio entre os interesses em jogo e, na impossibilidade disso, da imposição de um maior ônus ao agente que mais estreitamente esteja conectado ao dano – e não apenas àquele cuja culpa possa ser provada ou àquele que tenha melhores condições econômicas de suportá-lo¹³²³ –

¹³²² A este propósito, consoante SALVI, Cesare. **Il danno extracontrattuale**. Modelli e funzioni. Napoli: Jovene, 1985, p. 36, a valoração comparativa dos interesses contrapostos, que se situa no certo na responsabilidade civil, pressupõe compreender, de igual sorte, que o juízo de imputação respectivo é intrinsecamente permeado por uma valoração que, na essência, pode transcender uma consideração estritamente privada acerca da posição das partes. Exatamente por isso é que identificar o grau desta transcendência será tarefa de suma importância na realização da ponderação ora sob exame, especialmente no campo da responsabilidade civil, no qual os preceitos normativos vigentes autorizam um olhar atendo à situação da vítima, em razão de dadas peculiaridades do caso.

¹³²³ Tem sido frequente na doutrina, especialmente de língua inglesa, o recurso à expressão *deep pocket* para aludir a esta situação, que se caracteriza na hipótese em que são tomadas em conta as melhores condições econômicas de um determinado agente para suportar os prejuízos, independentemente de uma valoração mais acurada acerca do que legitima esta atribuição de ônus para além dos seus assim ditos bolsos profundos. A crítica que se formula a esta proposição simplista reside no fato de que não se constitui em autêntico critério de responsabilidade, já que tal pressupõe uma constante através da formulação de um modelo que sirva a explicar internamente o surgimento do vínculo obrigacional, o que não se apresenta minimamente viável apenas tendo em conta as condições patrimoniais mais favoráveis de uma das partes. Sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 336. Tanto que, aludindo a esta situação – também identificada, em língua francesa, pela expressão

foram as alternativas encontradas, que se materializaram na aplicação das diversas *fattispecie* de imputação objetiva. E, nos moldes em que já asseverado em linhas gerais até o presente momento, cumpre reconhecer que as balizas de ponderação que estão subjacentes à solução deste conflito são postas no próprio direito vigente¹³²⁴.

Num plano precedente, através do estabelecimento das hipóteses nas quais, a partir de uma ponderação em abstrato dos interesses envolvidos, legitima-se o estabelecimento de um regime agravado de responsabilidade, com vistas a privilegiar a tutela da vítima (ou, visto a partir de outro ângulo, das situações nas quais é pertinente deixar que os preceitos elementares de imputação lastreados no princípio da culpa regulem a controvérsia). Neste momento, é o próprio ordenamento jurídico que, valorando abstratamente situações e condições, permite que a transferência do dano ao sujeito assim legalmente predisposto como responsável prepondere em relação ao imobilismo que poderia advir de uma imputação assentada na culpa.

Num plano subsequente, quando, por meio da subsunção do caso concreto às *fattispecie* que predispoem regimes de imputação objetiva, opera-se a valoração jurídica dos fatos à luz do preceito vigente, modulando-se, com isso, o âmbito de aplicação da responsabilidade agravada. Dita modulação pode-se dar seja com a verificação do atendimento, por parte da situação posta, do suporte fático necessário ao surgimento do dever de indenizar para além da culpa, seja com a interpretação do alcance das situações de exclusão da responsabilidade.

Não há dúvidas que o grupo de situações que integra o então dito plano subsequente é aquele no qual a riqueza do juízo de ponderação se mostra mais intensa, porquanto permite ajustar às necessidades do ordenamento jurídico as regras de imputação objetiva¹³²⁵. Sem prejuízo dos riscos que possa encerrar, pois, ao menos

richese oblige – CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 09, fala, com o intuito de bem demonstrar a sua atecnia, em “modelos falsos de responsabilidade objetiva”.

¹³²⁴ A este respeito, atenta CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 04, para o fato de que o desenvolvimento da responsabilidade objetiva dá-se por meio de duas linhas, sendo uma legislativa, com a expansão das regras de imputação, nos termos do que se tem verificado desde os primórdios do século XX, e outra jurisprudencial, com o aprimoramento da interpretação possível dos dispositivos vigentes, para o fim de, por meio desta tarefa, modular o juízo de ponderação a se estabelecer entre as posições do lesante e do lesado em uma diversidade de situações.

¹³²⁵ Esta maior riqueza que decorre do processo de subsunção fica ainda mais evidente quando contraposta às limitações inerentes às reduzidas possibilidades de inovações no que tange à opção

em tese, permitiria eventuais extensões indevidas do âmbito da responsabilidade civil, não é o que se tem verificado na prática, que vem materializada por intermédio de uma aplicação lúcida dos preceitos legais de regência¹³²⁶.

Dois exemplos, aliás, são bastante elucidativos do que se está a sustentar.

O primeiro diz respeito à forma como a Corte de Cassação italiana, interpretando o preceito dos artigos 2.047 (dano causado pelo incapaz), 2.049 (responsabilidade do comitente), 2.050 (responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas), 2.051 (danos causados pela coisa em custódia), 2.052 (dano causado por animais) e 2.053 (danos causados pela ruína de edifício) do *Codice Civile* de 1942, reconduziu normas cuja redação não era clara quanto à opção pelo regime adotado a hipóteses de imputação objetiva¹³²⁷. Nestes casos, interpretando os elementos do suporte fático das *fattispecie* referidas, a jurisprudência afastou o que tendencialmente seriam regras de matriz subjetiva¹³²⁸ – até mesmo pela época em que

legislativa quanto ao regime jurídico de imputação. Isso porque o entendimento preponderante é no sentido da inadmissibilidade de extensão analógica das normas de responsabilidade objetiva. Neste sentido, FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 05; BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos...**, cit., pp. 97 e ss., inclusive notas 176 e 177. Não obstante não se esteja de acordo com o fundamento normalmente invocado para justificar esta inadmissibilidade, qual seja, a natureza excepcional da imputação objetiva (a qual já é deveras questionada nos dias atuais, tendo em vista a igual magnitude com que os ordenamentos preveem ambos os regimes), não há como se deixar de reconhecer que, com efeito, não há espaço para a analogia neste particular. Ora, se o sistema jurídico, operando em abstrato a ponderação correspondente, estabelece que, em dada situação, o nexo de imputação será ou não a culpa, não cabe ao intérprete, com base em qualquer sorte de argumentação, contrapor esta opção. Questão mais intrincada reside, contudo, nas situações em que esta opção não é expressa, existindo margem interpretativa a respeito, tal qual, aliás, sucedeu no sistema jurídico italiano com diversos dos dispositivos do Código Civil de 1942. Nestes casos, como não está estabelecido o regime jurídico de imputação, afigura-se viável, por meio da subsunção, interpretar se os elementos do suporte fático exigem ou não a presença do ato ilícito, sem que tal se caracterize como uma aplicação analógica.

¹³²⁶ A propósito, mesmo que a temática volte a ser retomada, não há como se deixar de fazer menção da experiência brasileira na aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o qual contém uma típica cláusula geral cuja imputação se dá com base no risco da atividade. Sobre o tema, inclusive assinalando a prudência e a moderação com que o dispositivo tem sido aplicado nos seus já quinze anos de vigência, ver SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos Tribunais Superiores**. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 361.

¹³²⁷ O tema foi largamente tratado na parte primeira do capítulo segundo da presente investigação, com referência a diversos precedentes a respeito, mesmo que, na altura, o intento fosse outro, qual seja, demonstrar que as situações de responsabilidade objetiva estruturadas a partir da interpretação judicial daqueles dispositivos não encontravam a sua fonte de legitimação unitária nas diversas teorias do risco. Daí porque, para fins de não tornar a exposição demasiado longa, consinta-se reenviar à abordagem anterior, especialmente § 1º, itens 2.1 e 2.2 e as suas respectivas subdivisões.

¹³²⁸ A propósito, como ressalta CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità oggettiva**, cit., p. 06, esta mutação não foi uma realidade vivida apenas no direito italiano, sendo observável, com igual intensidade, no

redigidos os preceitos legais em comento –, fazendo-o por meio do reconhecimento da ausência de expresse condicionamento à concorrência culposa e da limitação da prova liberatória consentida ao lesante.

O segundo, à maneira como a jurisprudência brasileira tem interpretado o alcance das excludentes do caso fortuito e da força maior, consoante também analisado em momento precedente¹³²⁹, no âmbito das quais tem sido possível identificar uma progressiva restrição, inclusive com a tendência de modular a sua incidência ao escopo da norma de proteção dos interesses lesados. É bem representativa desta realidade¹³³⁰ a diferenciação estabelecida entre os conceitos de fortuito interno e fortuito externo, para o fim de entender que apenas nesta última situação será possível reconhecer como insubsistente o nexo de causalidade imprescindível ao surgimento do dever de indenizar, que vai assim obstado¹³³¹.

Ambas as situações por meio das quais se operacionaliza o balanceamento de interesses que, na atualidade, tem caracterizado a responsabilidade civil – especialmente a de natureza objetiva, pelo conflito mais agravado que se apresenta entre a liberdade de ação do sujeito que exerce uma atividade, em tese, permitida e a necessidade de preservação dos interesses da vítima – tendem a ganhar relevo com o estabelecimento de preceitos mais abertos para regular a matéria¹³³². Como não são infrequentes até mesmo a disposição de normas de imputação objetiva através de

sistema jurídico francês, com a reinterpretação de uma série de dispositivos para o fim de reconduzi-los a regras de imputação objetiva. Exemplo clássico deste fenômeno, consoante analisado com vagar no curso do primeiro capítulo, sucedeu com o artigo 1.384, n. 1, do *Code Napoléon*, com base no qual, vencido o princípio *pas de responsabilité sans faute*, foi possível a criação de uma ampla regra de responsabilidade objetiva pelo fato da coisa. Sobre o tema, JOSSERAND, Louis. **Evolução...**, cit., p. 555.

¹³²⁹ Neste particular, mais uma vez permita-se a remissão ao item 2.1.3, § 2º, do capítulo terceiro.

¹³³⁰ Realidade que se lastreia na conveniência de se ponderar as posições do lesante e do lesado a partir das regras que preveem a imputação objetiva, adaptando-as para o fim de atribuir os ônus ao agente que mais intimamente esteja conectado com o dano e com a fonte da qual provém.

¹³³¹ Isso porque se entende que, no fortuito interno, como o fato que, em tese, seria interruptor do nexo de causalidade está, de algum modo, associado à fonte do dano (por isso ele é dito interno), não seria legítimo imputar à vítima os ônus de suportar o prejuízo respectivo. Trata-se, evidentemente, de uma ponderação entre os interesses contrapostos no caso, para o fim de, a partir do seu balanceamento, demarcar o alcance da regra de imputação objetiva, por meio da limitação das suas possibilidades de exclusão.

¹³³² Como acentua SALVI, Cesare. **Il danno extracontrattuale**, cit., p. 153, o fato de a disciplina da responsabilidade civil, inclusive objetiva, recorrer de modo mais intenso a cláusulas e normas gerais consente-lhe a realização de interpretações mais perspicazes do que aquelas possíveis em outros setores do direito privado.

genuínas cláusulas gerais¹³³³, nestes casos será necessário, quando da sua concretização, uma demarcação mais ou menos alargada dos seus limites, por meio da modulação dos elementos do suporte fático da *fattispecie*.

Deve-se aqui reconhecer que não obstante este processo de ponderação que se estabeleça por meio da subsunção dos fatos às regras de imputação objetiva tenha uma natureza eminentemente normativo-dogmática, pois pautados por critérios jurídicos, existe certa margem para a atuação de elementos de ordem variada – não apenas socioeconômicos, mas até mesmo culturais¹³³⁴ –, o que pode levar a soluções diversas, mesmo à vista de regras semelhantes, especialmente no âmbito da comparação jurídica¹³³⁵.

¹³³³ Muito já se debateu acerca da pertinência de que as regras de responsabilidade objetiva pudessem ser reguladas por meio de cláusulas gerais. Sobre o tema, BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos a propósito...**, cit., pp. 97 e ss.; igualmente, relevante é a síntese apresentada em MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 95, v. 854, pp. 11-37, dez. 2006, p. 17. Não há como se negar, porém, que com maior ou menor amplitude, as previsões existentes nos três ordenamentos jurídicos sob comparação assim o fazem quando tratam da responsabilidade pelo risco/perigo da atividade, pois, no caso concreto, caberá ao interprete precisar o que é uma atividade perigosa ou arriscada. A situação é ainda mais evidente acerca do emprego das cláusulas gerais quando se atenta aos dispositivos do Código Civil brasileiro que, por datar de 2002, foi mais explícito na sua opção a respeito, nomeadamente tendo em conta a regra do seu artigo 927, parágrafo único, que de algum modo retoma a problemática do âmbito de aplicação das regras dos artigos 2.050 do Código Civil italiano e 493, n.º 2, do Código Civil português, relativamente à responsabilidade pelas atividades de risco (para aludir ao elemento de imputação da norma brasileira) ou perigosas (nos termos das normas italiana e portuguesa).

¹³³⁴ A este respeito, SMORTO, Guido. **Il criterio di imputazione...**, cit., pp. 423 e ss., atenta para a necessidade de atenção às mudanças de ordem econômica e social que, a par da padronização que é típica de uma realidade globalizada, nem sempre é vivida de igual forma e com igual intensidade em todos os sistemas jurídicos. Neste particular é que ganha relevo o elemento cultural de que fala CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 339, em especial para que se compreenda a forma como, por meio de um processo histórico de estruturação, dá-se a demarcação do campo operativo da responsabilidade objetiva em cada sistema jurídico, inclusive no que toca à formação dos juristas, que são os responsáveis pela mudança dos paradigmas interpretativos.

¹³³⁵ Especial interesse desperta no comparatista a situação do artigo 2.050 do Código Civil italiano (“Qualquer um que causa dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, pela sua natureza ou pela natureza dos meios usados, é obrigado ao ressarcimento, se não prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano”), quando comparada àquela vivenciada a partir da aplicação do artigo 493, n. 2, do congênere português (“Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”). Não obstante a redação dos preceitos seja, em essência, a mesma, a *Corte di Cassazione* conduziu a sua jurisprudência no sentido da existência de uma regra de imputação objetiva, ao passo em que o Supremo Tribunal de Justiça luso manteve-se fiel à responsabilidade subjetiva, reconhecendo que “[a] presunção legal de culpa do n.º 2 do artigo 493.º do Código Civil tem com factobase o exercício de uma actividade perigosa” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 1593/07.7TBPVZ.P1.S1. 1ª Secção. Rel. Cons. Sebastião Póvoas. Julgado em: 28 out. 2014). Em idêntico sentido, inclusive de maneira mais expressa, tem asseverado que “[a] obrigação repousa nas normas do

À vista de todas as ponderações até aqui postas e considerando a forma como a responsabilidade civil objetiva, por meio do juízo de ponderação que lhe é intrínseco, opera a seleção dos interesses merecedores de tutela no seu âmbito de aplicação, cumpre reconhecer que a mudança de paradigma que hoje permite falar em um regime geral paralelo àquele legitimado no princípio da culpa¹³³⁶ deu-se por intermédio de um inegável processo de objetivação do dado em relação ao qual vai pronunciado o juízo de responsabilidade, com o desvio da atenção da figura do lesante para a do lesado¹³³⁷. Nesta tarefa, será de grande valia o estabelecimento de um diálogo efetivo entre as suas estruturas e o seu fundamento de legitimação, no caso, o princípio da solidariedade.

1.2 O princípio da solidariedade e a unidade da responsabilidade objetiva

Vencido um contexto cultural impregnado pelo dogma da culpa e na medida em que as hipóteses de responsabilidade objetiva deixaram de ser marginais e

art. 493.º CC, que elegem como sua fonte a omissão do dever de agir para evitar o dano por quem criar ou manter uma “fonte especial de perigo” do qual esse dano resulte. (...) A violação dos deveres de prevenção do perigo ou deveres de tráfego, quando comprovada a efectiva abstenção do dever de adoptar as necessárias medidas de prevenção, permite basear a responsabilidade em culpa efectiva e não meramente presumida” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 95/08.9TBAMM.P1.S1. 1ª Secção. Rel. Cons. Alves Velho. Julgado em: 11 jul. 2013). Ambos os precedentes disponíveis em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/Pesquisa+Livre?OpenForm>>. Acesso em: 17 out. 2017. É notório reconhecer que, no caso da responsabilidade pelo exercício das atividades perigosas, os juízos de ponderação realizados quando da aplicação dos preceitos não foram os mesmos (ao menos não com o mesmo alcance), pois, quando da sua aplicação, partindo de um ponto de largada muito próximo – no caso, a letra dos preceitos em causa –, foi possível chegar a destinos diversos a respeito da natureza da imputação.

¹³³⁶ Por isso se fala, tal qual já se teve oportunidade de aludir, na construção de um autêntico sistema bipolar, binário ou dualista de gestão dos danos, no qual os regimes de matriz subjetiva e objetiva são, em paralelo, gêneros de uma mesma espécie, formadores conjuntos de uma ideia global de responsabilidade civil. Assim, SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**, cit., pp. 148-149. A diferença entre ambos, conforme MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco...**, cit., p. 20, nota 43, estaria no fato de cada um destes ditos polos fundar-se em conceitos diversos de justiça (retributiva ou comutativa na responsabilidade subjetiva e distributiva na responsabilidade objetiva); ainda segundo a autora, afirmação que faz com respaldo nas doutrinas alemã e francesa, dita diferenciação tem adquirido relevos de consensualidade, sendo reconhecida até mesmo pelos críticos do sistema dualista.

¹³³⁷ DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**, cit., p. 188.

passaram a ocupar um espaço considerável no quadro da imputação de danos¹³³⁸, apresentou-se imprescindível estruturar uma fundamentação teórica com adequadas condições a justificar o surgimento de um dever de reparação para além das situações em que evidenciada a prática de um ato ilícito, ao menos nas suas feições clássicas.

E, nesta linha, não obstante a estrutura geral da responsabilidade subjetiva fosse um ponto de partida relevante para fins de se efetivar a tentativa de construção do fundamento e do regime jurídico da imputação objetiva, foi necessário reconhecer que a divisão do campo operativo do instituto em duas partes – então já dito antes modelo binário – criou institutos de algum modo autônomos, com pressupostos e modo de operação diversos¹³³⁹. Antes de mais, reconhecer esta realidade é tarefa imprescindível à consecução do fim a que ora se propõe realizar.

Atentando-se à dicotomia aqui assinalada, buscou-se apresentar, em momento precedente, a forma como a aparente fragmentariedade da regulação da responsabilidade objetiva, que lança mão de nexos de imputação variados à formação do vínculo obrigacional reparatório, tem em si subjacente um fundamento de legitimação unitário. Nestes termos, a noção revisitada de solidariedade – em especial na sua interconexão com as ideias de justiça distributiva e de igualdade substancial e na consideração do indivíduo enquanto sujeito situado – permitiu legitimar uma série de situações que, não tendo solução satisfatória a partir do juízo de desvalor decorrente da culpa, careciam de um princípio uniforme de justificação.

Imprescindível, por isso, para fins de colmatar a validação de um regime geral e unitário, nos moldes ora propostos, verificar a forma como a responsabilidade objetiva concretiza a realização do princípio da solidariedade – que, como visto, lhe serve de fundamento de legitimação –, o que o faz por meio da constituição de um eficaz filtro de seleção dos interesses merecedores de tutela.

¹³³⁸ Consoante assevera SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, cit., p. 101, o reconhecimento do princípio da solidariedade na responsabilidade civil implicou na incorporação do *ethos* do Estado Social de Direito que, na sua interface com a culpa, permitiu o alargamento progressivo da responsabilidade objetiva.

¹³³⁹ CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., pp. 330-331.

1.2.1 A concretização da noção jurídica de solidariedade por meio da responsabilidade objetiva

A superação de um modelo de imputação excessivamente liberal, assente na unidade do ato ilícito (juridicamente qualificável como antijurídico e culposos) enquanto fonte do dever de indenizar¹³⁴⁰, representou uma forma de trazer maior proteção a eventuais vítimas do fato danoso. Ocorre que a forma como se operam os desdobramentos desta superação – nomeadamente por intermédio da ampliação dos regimes de imputação objetiva – deve ser adequadamente manejada, sob pena de desvirtuamento da responsabilidade civil enquanto categoria jurídica, quanto mais tendo em vista que o emprego equivocado ou adulterado de conceitos normativos pode implicar na violação da sua própria natureza, conduzindo-os a finalidades diversas daquelas que lhes são próprias¹³⁴¹.

Assim, partindo-se de um conceito revisitado apto a atender as necessidades de uma sociedade mista¹³⁴², pode-se afirmar que a responsabilidade civil é, hoje, a qualificação negativa de um fato, de um ato, de uma atividade ou de uma condição jurídica associados à causação de um dano, não necessariamente para caracterizá-los como ilícitos [*rectius*, antijurídicos e culposos], mas para o fim de permitir transmutarem-se em fator de atribuição, gravando, com isso, o custo

¹³⁴⁰ Neste particular, não é demais lembrar que este processo não é uniforme, fazendo com que etapas intermediárias entre a unicidade de um regime de matriz subjetiva e a amplitude hoje conhecida em matéria de responsabilidade objetiva, representadas por uma maior objetivação da noção de culpa e pelo estabelecimento de inversões do ônus da prova ou mesmo de presunções de culpa, tenham sido igualmente relevantes à recondução da noção atual de responsabilidade civil. Assim, SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, cit., p. 95. No mesmo sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco...**, cit., p. 13, nota 10, quando atenta para a evolução sofrida, por exemplo, no campo da responsabilidade civil decorrente dos acidentes do trabalho. Partindo do regime geral da culpa e verificada a sua ineficiência para fazer frente às peculiaridades das relações jurídicas correspondentes, os prejuízos a elas associados passaram, primeiro, a serem geridos por meio de presunções de culpa e, após, por intermédio da responsabilidade objetiva, até que fosse possível chegar a efetivos regimes de previdência social, o que se fez partindo da premissa de que “a responsabilidade pelos danos advindos dos acidentes do trabalho deve ser da coletividade, tendo em vista a função social que a empresa desempenha”.

¹³⁴¹ Esta advertência aparece muito clara em CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 339, recomendando, por isso, cautela no manejo do instrumental jurídico disponível no campo da responsabilidade civil.

¹³⁴² PONZANELI, Giulio. **La responsabilità civile**. Profili di diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 1992, p. 36.

correspondente ao prejuízo na esfera jurídica de um dado agente por meio de uma obrigação indenizatória¹³⁴³.

Nesta linha, o instituto, em sentido amplo, passa a ser considerado como o instrumento de transferência do prejuízo verificado em uma dada esfera jurídica (aquela em que se deu) para outra (a do sujeito responsável), pressupondo, para isso, além de uma norma de imputação apta a autorizar este processo à vista de critérios jurídicos, a existência de um dano não justificável a partir do ponto de vista da vítima¹³⁴⁴.

Com isso se opera uma redefinição funcional da responsabilidade civil, o que se manifesta por intermédio do deslocamento do foco de atenção da figura do lesante à figura do lesado¹³⁴⁵, realidade esta, aliás, que adquire especial relevo através do reforço da função reparadora, a qual se manifesta de maneira precípua na imputação objetiva, ao contrário do que se pode verificar num regime de matriz subjetiva.

Exatamente por isso é que, nestes termos, a observância do princípio solidarístico na seara da gestão dos danos concretiza-se de maneira viva por intermédio da responsabilidade civil objetiva, na medida em que aumenta a possibilidade da vítima de se ver reparada pelos prejuízos sofridos, independentemente da efetiva demonstração de uma concorrência culposa por parte do agente.

Isso, contudo, não significa dizer que todos os danos que venham a se verificar poderão ser indenizados, pois, consoante já asseverado em outras oportunidades, tal se constitui em premissa irrealizável no plano concreto de aplicação do direito. Por isso é que a atribuição de responsabilidade a partir de uma ponderação entre os interesses do lesante e do lesado não deixa de ser, em última análise, a concretização de uma opção jurídica¹³⁴⁶, carecedora, portanto, não só de legitimação, mas de adequada operacionalidade.

¹³⁴³ CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 338.

¹³⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., p. 139.

¹³⁴⁵ SALVI, Cesare. **Il danno extracontrattuale**, cit., p. 155.

¹³⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco...**, cit., p. 13.

Deve-se aqui retomar a premissa nos termos da qual a atuação de cada sujeito, seja por meio de ações, omissões, atividades ou mesmo do exercício de posições jurídicas, pela sua própria natureza e tendo em vista a sua interconexão com os demais, produz efeitos na esfera jurídica de terceiros. Em sendo prejudiciais ditos efeitos ou mesmo não consentidos, ainda assim é possível que venham a ser legítimos, desde que produzidos nos precisos limites da legítima tutela dos interesses próprios.

Esta constatação, não obstante intimamente ligada à noção de ato ilícito (especialmente a partir das clássicas hipóteses de exclusão da ilicitude), não é estranha à responsabilidade civil objetiva, pois representa o exato ponto de delimitação entre os prejuízos que serão e que os não serão fonte de reparação. E o princípio da solidariedade não contrasta com esta lógica, muito antes pelo contrário, já que fornece instrumental¹³⁴⁷ à ponderação que será estabelecida para fins de delimitação do dano juridicamente relevante, ou seja, daquele que poderá satisfazer os elementos do suporte fático previsto na norma de imputação objetiva e, por conseguinte, legitimará o surgimento de um vínculo obrigacional indenizatório.

A partir destas diretrizes, deve-se reconhecer que a solidariedade passa a constituir autêntico valor estrutural e estruturante do direito privado em geral, traduzindo-se, no campo operativo da responsabilidade civil, por meio da exaltação de uma função ressarcitória que se manifesta de maneira muito clara por intermédio da imputação objetiva¹³⁴⁸. A propósito, não se desconsidera que, na atualidade, diversas são as funções relegadas à responsabilidade civil¹³⁴⁹; a de cunho reparatório (inegavelmente preponderante no âmbito de aplicação da responsabilidade objetiva), contudo, é aquela por meio da qual os ideais solidarísticos concretizam-se de maneira

¹³⁴⁷ Neste particular, como assinala MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco...**, cit., p. 25, “[o] princípio da solidariedade não designa, mas funda-se em um dever”, de maneira que se revela na sua plenitude por meio do reconhecimento da “interdependência humana”, manifestando-se, no campo da responsabilidade civil, “na ampla difusão da responsabilidade objetiva”.

¹³⁴⁸ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, cit., p. 96.

¹³⁴⁹ Por mais paradoxal que pareça, o retorno a funções preventivas ou mesmo sancionatórias implicam no ressurgimento do desvalor da conduta e, por conseguinte, da culpa, não obstante todos os influxos direcionados à superação da sua hegemonia no campo da legitimação da responsabilidade civil. Ocorre que, tendo em vista a predominância do viés reparatório da imputação objetiva, o qual se associa intimamente à concretização do princípio da solidariedade, vai autorizada a dispensa de uma atenção residual a esta problemática, quanto mais porque, no âmbito investigativo proposto, a reparação dos danos não justificáveis a partir do ponto de vista da vítima é o intento que se coloca em primeiro plano.

mais evidente, na medida em que permitem maior atenção à vítima com o surgimento de um dever de reparar danos independentemente de um juízo de desvalor da conduta do qual decorrem¹³⁵⁰.

Constatada a interligação entre o princípio da solidariedade e a função preponderantemente reparadora da responsabilidade objetiva, cumpre estabelecer uma demarcação muito clara entre o seu campo operativo e o dos demais instrumentos de socialização dos prejuízos, em especial os seguros¹³⁵¹, por meio dos quais também se concretiza este ideal.

Ora, não obstante tenham áreas de atuação lindeiras, são institutos diversos que não possuem objeto ou utilidade idênticas, nomeadamente tendo em vista que a responsabilidade civil – seja ela subjetiva ou objetiva – pressupõe o estabelecimento de uma razão com legitimidade jurídica para estabelecer a imputação e, deste modo, coligar uma ocorrência danosa a um sujeito responsável¹³⁵². Quanto mais porque se afigura deveras questionável a conveniência de se estabelecer que se possa vir a converter em um esquema “assistencialista e securitário” para o qual se

¹³⁵⁰ É bem verdade que esta atenção à vítima seria passível de ser alcançada por intermédio de medidas preventivas do dano, evitando-se, assim, o prejuízo ao invés de remediá-lo. Contudo, quando se tratou acerca do princípio da prevenção (capítulo 2, § 2º, item 2), o qual representa a própria concretização da preocupação com o objetivo de evitar danos, foi possível verificar que não obstante a existência de um regime mais gravoso de reponsabilidade possa, de algum modo, induzir no agente uma maior atenção com as medidas tendentes a este fim, a responsabilidade civil objetiva está mais intimamente ligada com a ideia de reparação. O intento preventivo, desta feita, não seria um objetivo principal – sem prejuízo da sua inegável relevância –, mas um efeito indireto alcançado pela ciência que o possível lesante tem de que, em caso de dano, as suas chances de ser chamado a responder são maiores.

¹³⁵¹ Cita-se como exemplo o regime securitário em função da sua maior abrangência, mas devem ser considerados, também, os regimes de previdência social ou os sistemas *no fault*, pois identificável em todas estas hipóteses um traço comum que consiste na possibilidade de transferência dos prejuízos suportados pela vítima independentemente da satisfação de um juízo de imputação, nos moldes do que se opera com a responsabilidade civil. Isso porque, consoante já se teve oportunidade de tratar, mesmo na responsabilidade objetiva, por intermédio da qual se manifesta em algum grau o intento de socialização das externalidades negativas, opera-se um juízo de valoração do dano sofrido e dos interesses em jogo, sendo pressuposto da sua possibilidade de atuação a existência de uma estrutura normativa de validação apta a desencadear o surgimento do dever de reparar, ao contrário do que se passa com os demais instrumentos referidos (seguros, previdência social e sistema *no fault*), nos quais não há propriamente um sujeito responsável, para o rateio do prejuízo entre os integrantes de uma dada coletividade, mais ou menos ampliada. Em palavras mais precisas, mesmo na responsabilidade civil objetiva, ao contrário do que ocorre nos seguros, por exemplo, ocorre uma imputação de responsabilidade, havendo, por conseguinte, um sujeito responsável.

¹³⁵² CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 338.

prescinda de um fator de atribuição que, aliás, é consectário da própria noção de responsabilidade¹³⁵³.

Assim, a despeito da interconexão entre solidariedade e responsabilidade objetiva, não se trata de estabelecer uma reparação indiscriminada, mas de permitir que o sistema jurídico, à vista de ponderações de cunho estritamente normativo, permita uma facilitação do acesso à reparação por meio da imputação, mas não uma autêntica cobertura securitária ampla e irrestrita, para além das hipóteses em que se legitime uma transferência do dano da esfera jurídica do lesante para a do lesado.

Exatamente por isso é que a ampliação dos seguros, que se tornam obrigatórios em um número cada vez mais alargado de situações¹³⁵⁴, não elide a importância da responsabilidade objetiva, pois, mesmo nas situações em que a cobertura dos danos decorrerá do pagamento do prêmio correspondente, a indenização estará limitada a patamares previamente estabelecidos que nem sempre farão frente à totalidade dos prejuízos verificados. Assim é que, mesmo nestas situações – abstraindo-se, portanto, o plano metodológico, no qual a diferença decorre da existência de um juízo de imputação inexistente nos seguros – o dever de reparar que se estabelece por meio de um juízo de responsabilidade permanece tendo utilidade residual apta à satisfazer o questionamento que se põe por meio da ponderação entre a mais valia de uma reparação eventual, mas integral, e uma reparação automática, mas parcial¹³⁵⁵.

Em linhas gerais, verificada a forma como o princípio da solidariedade, cuja aplicação transpassa as mais diversas disciplinas do direito privado, concretiza-se por intermédio da função reparadora exercida de modo muito evidente através da

¹³⁵³ BARBOSA, Mafalda Miranda. **Responsabilidade subjectiva...**, cit., p. 568, nota 18.

¹³⁵⁴ Sobre o tema, CUOCCI, Valentina Vincenza. **Crisi dell'assicurazione obbligatoria R.C.A.**: I possibili meccanismi correttivi tra risarcimento diretto e *no fault insurance*. In: BUSNELLI, Francesco Donato; COMANDÉ, Giovanni (a cura di). *L'assicurazione tra Codice Civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 59 e ss. igualmente, na doutrina portuguesa, mesmo que partindo de uma perspectiva mais limitada (acidentes de viação), mas com oportuna contextualização entre seguro obrigatório e responsabilidade civil, MATOS, Filipe Albuquerque de. **O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel**: alguns aspectos do seu regime jurídico. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 78, 2002, pp. 329 e ss.

¹³⁵⁵ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, cit., pp. 109-110.

responsabilidade civil objetiva, cumpre analisar a sua constituição enquanto autêntico filtro de seleção dos interesses merecedores de tutela.

1.2.2 *O princípio da solidariedade enquanto filtro da reparação*

Os estudos desenvolvidos acerca da evolução da responsabilidade objetiva em áreas dispersas da regulação jurídica, culminando com uma expansão em grau tal apta a autorizar a proposição de um regime geral unitário para a sua disciplina, permite concluir, como já se teve oportunidade de ressaltar, que a sua ocorrência está associada, em sentido lato, ao conceito alargado de acidente, assim entendido enquanto evento jurídico causador de danos que “devem acontecer”¹³⁵⁶. Uma maior preocupação com a vítima – que no campo da responsabilidade civil tende a se concretizar por intermédio da imputação objetiva – constitui-se em reflexo da socialização que veio a permear diversas das disciplinas do direito privado¹³⁵⁷, a qual exige, todavia, cautela na sua operacionalização, sob pena de o remédio converter-se em veneno em função do equívoco na dose.

Por esta razão, a especial consideração da situação do lesado, ao passo em que busca a sua fonte de legitimação no princípio da solidariedade, encontra a sua concretização por intermédio de um conceito juridicizado de dano, conceito este que, aliado ao nexo de imputação legalmente previsto, apresenta-se apto a operar a demarcação entre os prejuízos que merecem ser ressarcidos e aqueles que deverão permanecer na esfera jurídica em que ocorreram. E, nesta tarefa, é de se reconhecer que o fundamento da responsabilidade civil objetiva tende a se converter em elemento mediato de seleção dos danos ressarcíveis¹³⁵⁸, tarefa que está associada à ideia de gestão dos recursos disponíveis e das ações individuais e coletivas¹³⁵⁹.

¹³⁵⁶ RODOTÀ, Stefano. *Il problema...*, cit., p. 21.

¹³⁵⁷ FRANZONI, Massimo. *Dei fatti illeciti (art. 2403-2059)*. In: GALGANO, Francesco (a cura di). *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Zanichelli, 1993, p. 40.

¹³⁵⁸ Mediato porque o elemento imediato é o próprio fator de imputação previsto em cada uma das *fattispecie* de responsabilidade objetiva.

¹³⁵⁹ RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà*, cit., p. 85.

Nesta linha de concretização é que um rigoroso e preciso critério de demarcação dos danos ressarcíveis somente pode ser legitimamente encontrado na idoneidade objetiva da situação em concreto considerada, ao ponto de se compreender que a intervenção na esfera jurídica alheia não seja legítima. Por isso, a tutela aquiliana dos interesses protegidos no campo de um regime geral de responsabilidade civil objetiva deve vir operacionalizada por um duplo filtro: de um lado, a presença de uma situação juridicamente relevante (pois que tutelada em abstrato pelo ordenamento por meio da previsão de um nexo de imputação estranho à ideia de ato ilícito); de outro, a concretização do conceito juridicizado de dano por intermédio do exame, na situação concreta, da legitimidade, ou não, do prejuízo produzido na esfera do lesado¹³⁶⁰.

Tal se justifica no fato de que, para que seja justificável, a intervenção corretiva da responsabilidade objetiva deverá ter lugar nas situações em que esteja legalmente, faticamente e, mais do que isso, principiologicamente legitimada. Daí porque a conveniência de que se submeta a um duplo filtro de valoração, não apenas satisfazendo de modo objetivo o nexo de imputação previsto no suporte fático da norma que a prevê (filtro legal), mas também satisfazendo a necessidade de concretização do princípio da solidariedade, que se manifesta por meio do atendimento do conceito juridicizado de dano, nos moldes em que proposto no curso da presente investigação (filtro interpretativo).

Para dito fim, cumpre aqui retomar a ideia estruturante segundo a qual, no hodierno cenário de evolução do direito privado, a imputação objetiva ganha significativa relevância no redesenho da noção geral de responsabilidade civil, que veio profundamente influenciada por uma rápida transição das relações privadas tradicionais àquelas despersonalizadas, típicas de uma genuína sociedade de massa¹³⁶¹. Nesta senda, o princípio da solidariedade – visto como valor ético e, por isso, como verdadeira diretriz – materializa a preocupação com o *alter* de modo amplo, com o intuito de, por este meio, viabilizar a realização de cada um no contexto

¹³⁶⁰ BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**. ..., cit., pp. 25-27. Nas palavras do autor, o segundo critério de demarcação do âmbito de aplicação da responsabilidade civil pode ser sintetizado por meio da “idoneità oggettiva di una situazione soggettiva ad essere ingiustamente lesa”.

¹³⁶¹ CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., pp. 275-276.

coletivo em que se insere¹³⁶², fazendo com que uma realidade rica de aspectos diversificados rejeite a possibilidade de leitura do instituto em termos reducionistas, assim postos enquanto mera resposta a ações individuais personalizadas.

Visto de outro prisma, pode-se afirmar que o movimento contemporâneo da responsabilidade civil, que resta por ampliar a imputação objetiva para além de situações meramente excepcionais [*rectius*, marginais], nasce a partir da demarcação do distanciamento a ser observado entre dano civil e delito. Assim, permite-se a construção da ideia segundo a qual não é o sujeito que responde, mas o seu patrimônio, pelo que não faria senso invocar como pressuposto de todo e qualquer ressarcimento a antijuridicidade, que é categoria de qualificação da ação.

Tem-se como pressuposto desta ideia a premissa segundo a qual a responsabilidade objetiva encontra o seu ponto de partida exatamente na, em tese, licitude da conduta, pressupondo a sua caracterização, contudo, a ilegitimidade do dano¹³⁶³. Dita premissa, contudo, não tem sido percebida de modo linear, fazendo com que a imputação sem culpa seja, não raro, nocivamente identificada como aquela assente na mera causalidade, o que tende a enfraquecer a adequada operacionalização do instituto, ao ponto de até mesmo comprometer a sua legitimidade.

Não há dúvidas de que, num cenário de evolução conceitual, o reconhecimento de situações amplas e estruturalmente bem concatenadas de responsabilidade objetiva representou uma opção por parte do ordenamento de promover a retirada do dano da esfera jurídica da vítima, independentemente da efetiva verificação de um ato ilícito imputável ao agente¹³⁶⁴. E isso se dá, sem sombra de dúvidas, em consequência de uma ponderação que se estabelece a partir dos interesses contrapostos envolvidos.

¹³⁶² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 445. No mesmo norte, sinaliza MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco...**, cit., p. 27, para o fato de que “subordinando-se o conceito de responsabilidade à efetiva reparação dos danos (injustos) sofridos pela vítima, independentemente da identificação de um culpado, ressalta-se a relação de solidariedade entre a coletividade (na qual se inclui o autor dano) e a vítima, evidenciando-se desta forma a opção, pelo ordenamento jurídico, da valorização da pessoa humana, a qual terá o seu prejuízo ressarcido”.

¹³⁶³ CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 283.

¹³⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco...**, cit., p. 13.

Tal constatação demanda atente-se para a bilateralidade da relação que se estabelece entre lesante e lesado, a qual decorre da própria ideia de solidariedade (que diz respeito a todos os sujeitos e não apenas a alguns). Dito de outro modo, não obstante a responsabilidade objetiva traduza, em um plano inicial (a partir da previsão abstrata de um regime de imputação agravada previsto na lei), a preocupação com a necessidade de não deixar sem reparação situações que escapariam do regime da culpa, a sua concretização, na medida em que se realiza por meio de um juízo de ponderação (a partir da subsunção dos fatos à regra de imputação), reclama seja avaliada a situação como um todo, inclusive sob o aspecto da forma como a vítima se comporta em relação à produção do dano¹³⁶⁵.

Pelo todo exposto até aqui, cumpre reconhecer que consoante ocorre com toda opção jurídica, a fim de que seja legítima¹³⁶⁶, deve estar lastreada em um fundamento de validade visto a partir de uma perspectiva dúplice (em abstrato e concreto). Exatamente por isso é que a identificação deste fator de legitimação – que no caso da responsabilidade civil objetiva encontra-se no princípio da solidariedade – foi tarefa da qual não era possível furtar-se, quanto mais porque repercute de maneira direta na própria demarcação das situações em que se justificará a imputação do dano ao sujeito identificado como responsável.

¹³⁶⁵ Em razão desta bilateralidade é que se afigura conveniente, sem prejuízo da atenção inicial (ainda que abstrata) dos interesses da vítima, a prevalência utilitarista dos efeitos globais decorrentes do dano e da sua indenizabilidade. Em palavras mais precisas, não obstante, num cenário de responsabilidade objetiva, exista uma opção preponderante do ordenamento jurídico no sentido de que os danos relacionados à *fattispecie* respectiva sejam ressarcidos, é de se atentar para o fato de que a vítima não pode ser desincentivada a contribuir, naquilo que lhe compete, a prevenir a ocorrência ou a minimizar os efeitos do dano. Por esta razão é que, quando do exame da ponderação que se estabelecerá para, em concreto, aferir a (i) legitimidade do prejuízo sofrido, deve-se atentar para a inconveniência de se chancelar um autêntico risco moral (*moral hazard*) por parte da vítima que, podendo contribuir para a prevenção, não o faz por se saber protegida por um regime de responsabilidade objetiva. Sobre o tema, ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 855 e ss. Segundo o autor, p. 868, é característico dos regimes de imputação objetiva (*strict liability*) o fato de “a potencial vítima perder incentivos à precaução” ao passo em que “o potencial lesante toma demasiadas precauções”, o que tem condições de favorecer o incremento de “um nível ineficientemente elevado de acidentes”. Tais constatações apenas reforçam a tese sustentada até aqui, no sentido da imprescindibilidade de uma valoração em concreto, por meio do conceito normativo de dano ora proposto, do efetivo cabimento de uma reparação, mesmo à vista de um regime de responsabilidade objetiva.

¹³⁶⁶ Em assim não sendo, como bem pondera CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 356, estar-se-ia diante de um “arbitrio do legislador”.

Assim, o contraponto entre esferas jurídicas vai remodelado pelo princípio da solidariedade que, quando da delimitação (em concreto) do dano juridicamente relevante, amplia a tutela que se materializada por meio da responsabilidade civil para o fim de abranger também as posições jurídicas que, mesmo não recebendo uma proteção ampla (nos moldes da modelagem conferida aos direitos subjetivos propriamente ditos), gozam de relevância. Representa, portanto, a criação de uma nova fonte de deveres jurídicos, a qual se desenvolve, contudo, por meio da observância das diretrizes objetivamente fixadas pela própria ordem vigente e não pelo arbítrio do interprete¹³⁶⁷.

Ou seja, não se trata de uma série aberta de hipóteses em que vai livremente autorizada à imputação de responsabilidade por meio da interpretação e da apreensão de uma assim dita “consciência coletiva” reinante em um dado momento histórico, quanto mais porque o limite da solidariedade deve estar operante em todas as situações nas quais prevista qualquer forma de proteção legislativa¹³⁶⁸.

Por dita razão é que se mostra importante reconhecer que o princípio em causa, no seu papel de legitimador do regime geral ora proposto, pode se converter tanto em fator de ampliação da responsabilidade, especialmente quando justifica a retirada de uma série de situações da submissão à exigência da culpa, quanto em fator de restrição, quando autoriza, por meio da concretização do conceito juridicizado de dano, a permanência do prejuízo na esfera da vítima nas hipótese em que assim se considere justificado, mesmo diante de uma previsão abstrata de imputação objetiva.

Verificar, pois, como isso ocorre é tarefa a ser empreendida.

¹³⁶⁷ RIZZO, Nicola. **Giudizi di valore e “giudizi di ingiustizia”**. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 2, pp. 295-354, 2015, pp. 301 e ss. Com isso se quer dizer que a ampliação da responsabilidade civil para o fim de tutelar situações jurídicas relacionadas aos mais variados interesses não se dá ao alvitre do intérprete, mas por meio da subsunção dos fatos à norma de regência e, após isso, pela ponderação acerca da efetiva existência de um dano que, na situação posta, não é legítimo ou justificado.

¹³⁶⁸ RODOTÀ, Stefano. **Il problema...**, cit., pp. 112-113.

2 Os pressupostos da imputação objetiva e a reestruturação da ideia de responsabilidade civil

Nos moldes do que fora desenvolvido no percurso investigativo trilhado até o momento, não há dúvidas de que a simples previsão de um regime de imputação de matriz objetiva não basta a bem operacionalizar o instituto. A complexidade normativa adquirida pela responsabilidade sem culpa exige, portanto, que o problema da sua concretização seja tratado de modo não simplista, sob pena de desvirtuamento dos seus objetivos por meio da condução a patamares semelhantes aos obtidos por intermédio de um regime securitário amplo e, portanto, não só ilegítimo, mas indesejado.

Isso decorre de dois fatores importantes. Primeiro, porque não se tratam mais, na realidade hoje vigente, de ilhas dispersas de imputação, seja em decorrência do fato de abrangerem uma larga plêiade de situações, seja em razão da inegável heterogeneidade, tanto interna quanto externa, destas mesmas situações. Segundo, porque um exame mais acurado da forma como se dá o surgimento do vínculo obrigacional indenizatório bem serve a demonstrar que não se trata apenas de extirpar a relevância da verificação de um ato ilícito (antijurídico e culposos) do juízo imputacional, já que permanece a necessidade de reacomodar elementos normativos que eram por ele geridos, mas que são também relevantes na construção deste processo de realocação do dano.

Examinar e sistematizar como isso ocorre, portanto, afigura-se de extrema relevância à efetivação da tese da unidade da responsabilidade objetiva, tarefa que merece ser feita, de início, em um plano geral e, em seguida, em um plano especial de concretização. E os pressupostos do juízo de imputação constituir-se-ão em material de extrema relevância para tanto, dissecando-os, nas suas relações interna e externa, e conjugando-os com o fundamento que legitima a dispensa do ato ilícito enquanto baliza de atribuição de relevância jurídica aos danos sofridos pela vítima.

2.1 *Elementos para uma reconstrução unitária*

Partindo-se de um plano geral de valoração e tendo em vista a possibilidade de se subdividir os pressupostos da responsabilidade objetiva em dois polos, afigura-se relevante concatenar as descobertas produzidas tendo em vista o exame da necessidade de cada um deles no deslocamento do dano da esfera jurídica da vítima para a esfera jurídica daquele que o sistema normativo permite considerar responsável. Isso porque, tal qual referido, não se trata de identificar um culpado ou mesmo um lesante propriamente dito, mas, mais do que isso, um sujeito responsável, ou seja, uma esfera jurídica à qual será atribuído o encargo de suportar os ônus correspondentes ao prejuízo cuja gestão se está a operar.

Propõe-se, com isso, a recolha e a síntese do material dogmático que, por intermédio da valoração crítica empreendida, permitirá a reconstrução da unidade necessária à demonstração da validade de um modelo geral unificador das hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Daí que, a fim de bem compreender como tudo se projeta sobre os pressupostos do dever de indenizar, cumpre compreender o diálogo que se estabelece entre um plano assim dito subjetivo e outro de matriz, em tese, objetiva, conjugando-os e concatenando os seus termos para fins de (re)construção sistemática do regime geral em causa.

2.1.1 *As reminiscências dos pressupostos subjetivos*

Tal qual visto, os pressupostos de natureza subjetiva – também passíveis de serem ditos jurídicos, caso vistos a partir de ângulo diverso, noutra formulação igualmente possível¹³⁶⁹ – encontram viva importância em um regime geral de natureza subjetiva, não havendo como se falar, nestes casos, em atribuição de responsabilidade sem a concorrência da culpa, da imputabilidade e da ilicitude, todas, direta ou indiretamente, associadas à conduta causadora do dano. Isso se justifica no fato de

¹³⁶⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Da responsabilidade civil...*, cit., p. 423.

que, constituindo-se a imputação, nestes casos, em uma resposta ao ato ilícito, a aferição dos três aludidos pressupostos é de vital importância à sua concretização.

As novas feições assumidas pela noção hodierna de responsabilidade civil, contudo, permitem inferir que, não obstante tal se constitua em uma realidade importante, a qual não pode e não deve ser desconsiderada, não basta à adequada configuração do instituto na sua plenitude. Isso porque a sua mais abalizada noção deve ser hoje compreendida não apenas como resposta ao ato danoso, mas como um problema de gestão de externalidades negativas, o qual pode ter a sua solução a partir de mais de um paradigma.

Nesta linha é que se deverá considerar a gestão dos danos que decorrem das relações assim ditas tradicionais, pois que se estabelecem entre dois sujeitos bem determinados, no exercício de atividades inerentes à sua liberdade e à sua autonomia privada, em paralelo àqueles que provêm de relações fluídas, típicas de uma sociedade hipercomplexa, nas quais os sujeitos envolvidos e as ações ou omissões em si consideradas não podem ser delimitadas com a mesma clareza.

Para as primeiras situações, a noção normativa de culpa e os dogmas sobre os quais se assenta são suficientes a permitir a demarcação dos danos que poderão ser retirados da esfera em que se tenham consumado (no caso, do lesado); para as segundas, tendo em conta as suas peculiaridades, será necessário uma ponderação que tome por base a relevância – e a preponderância – dos interesses envolvidos e, a partir disso, lance mão de uma estrutura previamente posta, apta assim a autorizar a transferência do dano mesmo à vista da impossibilidade de identificação de um culpado em sentido técnico.

Nestes casos, não significa dizer que não exista um lesante propriamente dito, que possa assim ser juridicamente considerado culpado; apenas significa que, diante de interesses contrapostos, o princípio da solidariedade autoriza a lei a conferir uma especial consideração à figura da vítima, reconhecendo-se, para tanto, a existência de um responsável, que será chamado a suportar os prejuízos em causa.

Trata-se de olhar o suporte fático da relação obrigacional indenizatória a partir de outro ângulo, tomando em conta a dinamicidade e a fluidez das relações que

se estabelecem e, por conseguinte, os interesses envolvidos, de modo a compreender que, em determinadas situações, será legítimo fazer preponderar o interesse da vítima a uma reparação, sem que tal precise constituir-se em regra geral para todos os casos.

A constatação desta dualidade não quer dizer que um regime é preponderante em relação ao outro; sequer que tenha mais ou menos legitimidade normativa ou superioridade dogmática. Significa apenas que, em dadas situações, tendo em vista a natureza das relações jurídicas e dos interesses envolvidos, estabelece-se uma ponderação – que se dá em dois planos: primeiro pela previsão legal abstrata e, depois, pela subsunção dos fatos à norma, à vista do caso concreto – que autoriza a gestão dos danos tendo em conta um regime ou outro.

Sem prejuízo do paradigma adotado para a investigação, que dividiu os pressupostos em subjetivos e objetivos¹³⁷⁰, nenhum deles, é na verdade, puramente fático ou jurídico, exclusivamente relativo à conduta ou ao prejuízo. Tanto porque mesmo os ditos integrantes do primeiro grupo, relacionados à conduta da qual provém o dano, trazem em si elementos de ponderação que dizem respeito, de algum modo, também ao lesado ou ao prejuízo em si, o que, por isso, não permite sejam de todo desconsiderados.

A responsabilidade civil objetiva, é verdade, toma por base a existência de uma vítima que carece de satisfação; já a responsabilidade subjetiva, por sua vez, uma conduta que demanda uma resposta do ordenamento jurídico. Este é o ponto de partida de ambos os regimes.

Não obstante os enfoques sejam diversos e estejam relacionados a objetivos perseguidos pelo ordenamento em algum grau também diversos, ambas as situações pressupõem a existência de um prejuízo a ser reparados, o que, aliás, dá unidade à responsabilidade civil enquanto instituto jurídico. Nestes termos, seja em relação à responsabilidade objetiva, seja em relação à subjetiva, sempre haverá um intento reparatório, o qual poderá, contudo, ser preponderante – quiçá exclusivo – ou concorrente com outros fins, em especial de viés retributivo, tanto para fins de sanção

¹³⁷⁰ Tal opção levou em conta a inegável premissa de que a responsabilidade objetiva “desenvolveu-se como um reflexo da imputação delitual”; assim, CORDEIRO, António. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 594.

ou de prevenção. A vítima, em um cenário ou outro, será indenizada, o que se poderá dar por via mais facilitada ou mais dificultada, a depender da valoração ou não da conduta do agente enquanto pressuposto da imputação¹³⁷¹.

A diferença reside no fato de que enquanto na imputação objetiva o norte será dado por um juízo de justiça distributiva, naquela de matriz subjetiva o será por um juízo de justiça comutativa. Exatamente por isso é que enquanto numa o ponto de partida é o dano, assim considerado enquanto perda de uma utilidade relevante em razão da lesão de um interesse juridicamente protegido, noutra será a conduta lesiva, assim considerada como aquela que se dá em contrariedade ao direito (dita, portanto, ilícita ou antijurídica) e pode ser normativamente considerada reprovável (dita, portanto, culposa).

Ocorre que a aludida ideia de contrariedade ao direito não é atributo exclusivo do ato ilícito, tanto porque, para este fim, pode-se estabelecer um juízo de desvalor em relação à conduta danosa ou ao prejuízo dela decorrente. Não se trata, contudo, tal qual visto, de se exigir uma escolha em termos absolutos entre uma ou outra teoria – até mesmo porque, a partir de um viés ontológico, sequer afigura-se viável uma separação absoluta entre conduta e resultado, já que constituem uma continuidade, o que recomenda o emprego de soluções intermediárias¹³⁷².

Por esta razão é que parcela da componente designada ilicitude ou antijuridicidade interessa à responsabilidade objetiva, não podendo ser desconsiderada, justamente porque haverá danos que, mesmo estando submetidos a um regime de imputação desta natureza, poderão ser considerados legítimos na medida em que decorrerem do regular exercício de um direito por parte do, em tese, lesante. Nestes termos, levando em conta que o pressuposto em si, na sua plenitude, deve ser tido como irrelevante nestes casos, pois a sua aceção atualmente vigente

¹³⁷¹ A problemática das funções da responsabilidade civil, como já se teve oportunidade de referir, é deveras intrincada, não podendo ser esgotada neste plano; quanto mais porque, num regime geral de imputação objetiva, é notória a preponderância do intento reparador, retirando, por isso, alguma atenção das demais funções que, sem prejuízo, poder-se-ão manifestar de algum modo (especialmente a preventiva, diante da simples previsão de um regime agravado de responsabilidade). A este respeito, consinta-se uma vez mais reenviar-se a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Há espaço para uma função punitiva...**, cit., pp. 269 e ss.; também, TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano Moral Coletivo**, cit., p. 178.

¹³⁷² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 438.

tende a associá-lo a um juízo de desconformidade jurídica em relação à conduta, será necessário englobar esta faceta de relevância em pressupostos outros que lhe sejam imprescindíveis.

Tanto isso é verdade que é possível identificar linha de fundamentação que procura justificar a responsabilidade civil objetiva no reconhecimento de uma hipótese de ilicitude imperfeita¹³⁷³. Não obstante se entenda que o marco teórico desenvolvido a partir do princípio da solidariedade, o qual serviu de referencial à presente investigação, satisfaça de modo mais adequado, diante da sua maior abrangência, a problemática da legitimação do dever de indenizar para além da culpa, não se pode desconsiderar que a aludida construção, na medida em que identifica alguma conexão entre o instituto sob exame e a ilicitude – mesmo que assim dita imperfeita –, representa o reconhecimento da tese ora sustentada, no sentido da relevância, mesmo que parcial, do juízo que se manifesta por meio do pressuposto referido à conformação jurídica da responsabilidade objetiva.

E isso é possível em decorrência da assim dita “dupla limitação” ínsita ao pressuposto da ilicitude que, para tanto, concretiza-se através de uma acepção positiva (violação de um interesse juridicamente tutelado) e de uma acepção negativa (não concorrência de uma causa de justificação), ambas cumulativas para fins da sua caracterização¹³⁷⁴. No plano da responsabilidade objetiva, considerando que a conduta do agente não pode ser tida como pressuposto essencial, tendo em vista que o seu

¹³⁷³ Sobre o tema, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 595, esclarece que “[a] ilicitude imperfeita recorda que, no fundo, o Direito pretende que não haja danos: nenhuns. Assim, embora em certos casos não seja possível imputá-los a título de delito, a imputação objectiva é um poderoso incentivo para que sejam tomadas medidas preventivas atempadas”. O problema desta abordagem, entretanto, parece estar na necessidade de que se atente para a prevenção enquanto fenómeno bilateral, consoante tratado supra, e para a necessidade de desincentivar o, em tese, possível risco moral da vítima em não adotar a parcela de prevenção que lhe compete. Daí porque se ter optado por seguir outra linha teórica, a qual se entende mais apta a solver esta controvérsia.

¹³⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 483. Tal é o que sucede, aliás, quando da aferição da injustiça do dano, na experiência jurídica italiana, na qual, para que se possa verificar o surgimento do dever de reparar, é imprescindível que o prejuízo seja *non iure*, ou seja, não se dê no âmbito de uma causa de justificação, e *contra ius*, quer dizer, decorra da violação de uma situação jurídica protegida. A propósito, DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**, cit., p. 189; AUTORINO, Gabriella. **La responsabilità aquiliana**, cit., p. 10; VISITINI, Giovanna. **Itinerario dottrinale...**, cit., p. 78; dentre outros. Ainda sobre o tema, consinta-se reenviar ao § 2º, item 1.2.2, do capítulo terceiro, onde a problemática da dualidade do dano injusto foi mais detalhadamente examinada.

âmbito de aplicação tem lugar em situações nas quais nem sempre é possível bem identificar um agir humano comissivo ou omissivo completamente delimitado ou caracterizado¹³⁷⁵, terá interesse apenas a faceta negativa ou *non iure* da ilicitude (ou do dano dela decorrente), importando realocá-la, em razão disso, em outro elemento do suporte fático hipotético do dever de reparar.

Deve-se reconhecer que a estreita correlação que se estabelece entre o exercício de um direito e a ideia de (i)licitude reclama, aqui, viva atenção, especialmente em decorrência de dois grupos de situações de extrema relevância à sistematização da responsabilidade objetiva.

O primeiro deles está relacionado, em um plano geral, à problemática decorrente da forma como as causas de justificação repercutem no âmbito da imputação objetiva; trata-se, portanto, de aferir como serão geridos os danos que, mesmo estando submetidos a um regime de responsabilidade que não pressupõe a verificação de um ato ilícito, podem ser considerados legítimos em razão de uma autorização genérica conferida pelo ordenamento jurídico ao sujeito para que assim proceda, já que o faz no exercício regular de um direito. Nestes casos, não obstante o juízo de ponderação hipotético previsto na lei estabeleça uma preponderância da posição da vítima, o que decorre da previsão de um regime de responsabilidade objetiva, o juízo de ponderação realizado em concreto fará prevalecer a posição do lesante, já que se entende que, naquela hipótese faticamente aferida, o exercício de um direito seu permite a projeção de externalidades negativas na esfera de terceiros (no caso, o lesado).

O segundo, que se dá em um plano especial, diz respeito a situações pontuais em que o agir do, em tese, lesante vai desde logo autorizado (por uma causa de justificação típica), não obstante, como contraprestação desta autorização, estabeleça-se o pagamento de uma prestação pelos prejuízos eventualmente causados em razão disso. Trata-se das denominadas hipóteses de responsabilidade civil por atos

¹³⁷⁵ Seja nas situações em que decorre do exercício de uma atividade (por isso mesmo complexa, fazendo com que, por vezes, não se possa identificar, na sua cadeia de desenvolvimento, atos individuais bem delimitados), seja nas hipóteses em que decorre de uma condição jurídica titulada pelo sujeito responsável (v.g., fato da coisa ou do animal e relação de filiação ou de comissão, para citar apenas duas situações).

lícitos¹³⁷⁶, nas quais, não obstante o primeiro juízo de ponderação – aquele posto na própria lei – estabeleça que a atuação do agente é legítima, ainda assim, diante dos interesses da vítima aferidos no caso concreto, haverá uma obrigação de repará-los, mesmo que de modo parcial, a qual incumbirá ao causador do prejuízo¹³⁷⁷.

Estas situações são resolvidas, na responsabilidade subjetiva, por intermédio do pressuposto da ilicitude; a sua irrelevância num regime geral de natureza objetiva, todavia, não permite que tais hipóteses sejam desconsideradas por completo, mesmo que quando da verificação de outro dos seus pressupostos essenciais.

Pelo que se percebe, o plano de valoração tradicionalmente dito jurídico-subjetivo dos pressupostos gerais do dever de indenizar não é, na verdade, exclusivamente jurídico ou mesmo apenas subjetivo, pois, sem prejuízo de uma preponderância neste sentido, haverá uma pequena fração do conteúdo a eles relacionada que terá interesse e utilidade em um regime unitário de responsabilidade objetiva. Daí que compatibilizar estes fragmentos no corpo da estrutura remanescente é uma atribuição a ser feita no campo dos pressupostos objetivos.

¹³⁷⁶ Como bem sintetiza TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**, cit., p. 215, “[t]rata-se de acto que a lei consente por considerar justificado em atenção à natureza do interesse que visa satisfazer”, mas como deste ato podem decorrer prejuízos não consentidos, “a lei considera de justiça que o titular daquele interesse, podendo embora realizar o acto, não deixe contudo de indemnizar o terceiro pelos danos que lhe cause”. Não há dúvidas que se trata de uma dupla ponderação: primeiro, quando a lei autoriza a atuação, independentemente da possibilidade de que venha a lesar terceiros, justificando, assim, a sua prática; depois, quando a mesma lei, ponderando os interesses do lesante e do lesado entende que mesmo que aquele estivesse legitimado a agir, não é adequado que este suporte os ônus desta atuação, pelo que estabelece um dever de indenizar centrando na ocorrência do dano e, de modo excepcional, operacionalizado pela equidade. Não há dúvidas de que se trata de uma situação de responsabilidade objetiva, mesmo que excepcional e decorrente do expresso comando legal (por isso mais restritiva do que as demais hipóteses tradicionalmente associadas ao dito regime). E isso porque traz em si os três pressupostos de unidade da categoria jurídica em questão: a existência de um dano, a previsão de imputação de responsabilidade independentemente de culpa e um juízo de ponderação a esta subjacente, consubstanciado na valoração dos interesses contrapostos entre lesante e lesado, com a conclusão de que, na situação concreta, o dano está mais conectado à esfera jurídica daquele, o que não justifica, portanto, que permaneça ao encargo deste (ainda que parcialmente, diante da indenização equitativa).

¹³⁷⁷ Como observa ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**, cit., p. 135, trata-se de uma lógica diversa na qual, não obstante exista uma autorização do agente para agir, caber-lhe-á o dever de pagar uma prestação indenizatória – assim dita, pois não se trata de uma autêntica reparação –, já que, não obstante a sua atuação estivesse amparada em um permissivo legal, a ponderação dos interesses contrapostos reconhece que, ainda assim, o dano está mais intimamente conectado à sua esfera jurídica do que a do lesado.

2.1.2 A releitura dos pressupostos objetivos

Os assim ditos pressupostos objetivos são (ou eram) aqueles cuja designação decorre exatamente no fato de que, em tese, não carecerem de uma maior ponderação normativa para serem evidenciados, porquanto a sua constatação decorreria, em tese, de um puro juízo de verificação naturalística em razão da alteração produzida no mundo dos fatos¹³⁷⁸. Por isso é que o dano, então entendido em uma acepção reducionista correspondente à perda patrimonial avaliável economicamente, e o nexo de causalidade, assim concebido como a relação física de causa e efeito havida entre o prejuízo e a conduta do agente, tinham a sua aferição em muito facilitada¹³⁷⁹, já que o surgimento do vínculo obrigacional propriamente dito vinha centrado nos pressupostos ditos subjetivos.

¹³⁷⁸ Tal premissa toma por base, mesmo que apenas em parte, a sistematização proposta por JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., p. 53, segundo a qual os pressupostos da responsabilidade civil resumir-se-iam a dois: o ato ilícito (a englobar a ação ou omissão, a ilicitude e a culpa) e o dano (a abranger o prejuízo em si e o nexo de causalidade); aquele dito subjetivo, pois relativos à conduta do agente, e este, objetivo, já que associado ao prejuízo. Nestes termos é que a conotação objetiva usada para aludir ao grupo formado pelo dano e ao nexo de causalidade tem, em última análise, dupla acepção, pois não apenas quer dizer que não guardam relação direta com o lesante, mas também que estariam, em tese, desprovidos de normatividade. Ora, partindo-se de relações jurídicas mais simples (preponderantes no cenário econômico e social prévio à sistematização moderna do direito privado), não há dúvidas que seria possível verificar, somente pelo uso dos sentidos, o dano, assim predominantemente entendido na altura enquanto perda patrimonial avaliável em pecúnia, e a relação de causa e efeito entre ele e o fator de atribuição (no caso, o ato ilícito). O incremento da complexidade das fontes da responsabilidade extraobrigacional, contudo, tem levado a um progressivo abandono desta tese, tendendo-se à adoção da assim denominada “pentapartição” (fato, ilicitude, culpa, dano e causalidade), diante da notória autonomia normativa de cada um dos pressupostos, o que recomenda, aliás, o não uso dos agrupamentos unificadores. Neste sentido, inclusive com explicitações acerca da alteração da sua opção sistemática, com a migração do rol *bifásico* (dano e imputação) para o *pentafásico*, o que se justifica, segundo o autor, não em um equívoco daquele, mas numa maior clareza deste, ver CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado...*, cit., v. II, t. III, p. 433. Deve-se consignar que não obstante a tese tradicional tenha sido parcialmente adotada no curso da presente exposição (capítulo III, § 1º e § 2º), tal foi feito tão somente para fins de facilidade da exposição; tanto que não se falou em dois pressupostos, mas em dois planos de aferição (subjetivo e objetivo). Ademais, as conclusões então postas foram justamente no sentido da inviabilidade de uma visão que permita a redução do exame dos requisitos do dever de reparar a dois elementos, quanto mais num cenário de unidade da imputação objetiva, que estaria restrita, em tese, ao dano e à imputação legal, requisitos estes que já se mostraram insuficientes.

¹³⁷⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 80, n. 667, pp. 07-16, mai. 1991, p. 08.

Ocorre que com a já tantas vezes referida perda de exclusividade por parte da culpa e, por conseguinte, com a migração do epicentro do instituto para o dano¹³⁸⁰, demanda-se uma revisão deste paradigma, fazendo com que não se possa falar em um plano simplesmente naturalístico de valoração no que tange aos pressupostos então ditos objetivos. Nestes termos, os conceitos entendidos como meramente fáticos juridicizam-se, passando a ser reinterpretados com vistas a permitir a imputação por intermédio de um sistema de atribuição de responsabilidade que, em decorrência da sua crescente complexidade, demanda pressupostos jurídicos cada vez mais elaborados do ponto de vista dogmático.

Nesta linha – e sem receio de parecer redundante –, é de vital relevância reafirmar que é justamente o afastamento da culpa da sua condição de princípio geral de legitimação que se converte em fator decisivo para este processo¹³⁸¹. Isso porque a unidade do ato ilícito, num regime geral de matriz subjetiva, constitui-se em filtro de seleção dos danos a serem ressarcidos por meio verificação da sua dúlice faceta (antijuridicidade e culpa/dolo)¹³⁸²; não mais se constituindo em requisito obrigatório do dever de reparar, o que sucede nos regimes de matriz objetiva, os demais pressupostos que lhe são essenciais são chamados a, em algum grau, desempenhar este papel, que somente é possível por intermédio do incremento da sua carga normativa.

Também é premissa à aceitação desta necessidade o reconhecimento de que apenas a ocorrência de um prejuízo – na linha do que preconizaria uma autêntica regra de *neminem laedere* – não pode bastar ao surgimento do vínculo obrigacional

¹³⁸⁰ Fala-se, por isso, em um sistema monocêntrico de responsabilidade civil; assim, DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**, cit., p. 167. No mesmo sentido, assinalando figurar o dano no centro do instituto da responsabilidade civil, COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Almedina, 2003, reimpressão, p. 35.

¹³⁸¹ É de se referir que tal fenômeno não é exclusivo da responsabilidade objetiva, sucedendo também naquela de matriz subjetiva. E decorre da mesma recolocação da culpa, que perde o *status* de fundamento para se converter em um dos pressupostos de imputação, inclusive no regime que lhe é próprio. Tal alteração demanda, nesta linha, a conversão do dano e do nexo de causalidade, até então tidos como conceitos de natureza preponderantemente naturalística, em pressupostos com acentuada carga normativa, consoante já se teve oportunidade de analisar, o que sucede também com a própria culpa, que se reinventa ao passo em que se normatiza. Sobre o tema, CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 07 e ss.

¹³⁸² Para o exame da “erosão” da culpa enquanto filtro de reparação, ver SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 51.

indenizatório. É necessário, mesmo na responsabilidade objetiva, que o dano sofrido pela vítima seja relevante sobre o prisma jurídico, o que não se satisfaz apenas com a tipicidade, decorrendo não só da subtração de uma utilidade tutelada pelo ordenamento, mas, mais do que isso, da constatação de que a sua causação é ilegítima à vista dos preceitos de tutela do interesse lesado previstos no ordenamento jurídico.

Ocorre que, de um modo geral (ao menos nos sistemas jurídicos sob comparação), a estrutura normativa associada à responsabilidade civil é bastante aberta¹³⁸³, fazendo com que a integração das suas regras se dê a partir do processo de subsunção dos fatos ao suporte fático da *fattispecie*. Sem prejuízo da ponderação de interesses que aqui se estabelece, nos termos em que, aliás, há pouco foi tratado, a agregação de um conteúdo normativo prévio aos preceitos a serem materializados por meio de tal processo não apenas agrega segurança jurídica, restringindo a margem de criação livre do intérprete, como facilita a sua concretização, por intermédio do emprego de conceitos jurídicos cujo conteúdo esteja bem demarcado.

A tipicidade que marcou o desenvolvimento dos diversos regimes de responsabilidade objetiva permitiu que, no curso da fase na qual era compreendida como um fenómeno meramente excepcional e, por isso, desprovido de uma ideia de conjunto, fosse possível sustentar a suficiência da mera previsão legal à sua legitimação e, por conseguinte, à sua operacionalização. Ocorre que uma inegável abertura neste campo – tanto pela previsão de situações amplas, permissíveis de uma aplicação estendida, quanto pela própria possibilidade, mesmo que ainda controversa (não obstante incontornável), da instituição de autênticas cláusulas gerais – passou a chamar a atenção para o fato de que era necessário algo a mais para além da previsão legal e dos elementos então ditos objetivos a fim de viabilizar, de modo adequado, o surgimento do dever de reparar¹³⁸⁴.

¹³⁸³ Consoante observa MONATERI, Pier Giuseppe. **Natura e scopi della responsabilità civile**. Disponível em: <http://www.academia.edu/21500632/Natura_e_Scopi_della_Responsabilit%C3%A0_Civile>. Acesso em: 05 nov. 2017, p. 15, “[a]nzi se è vero che codificare per clausole generali equivale a non codificare, si può dire che il diritto della responsabilità civile è solo parzialmente codificato. (...) Perciò si può dire che il diritto della responsabilità civile è essenzialmente un diritto elaborato dagli interpreti: dalla giurisprudenza e dalla dottrina”.

¹³⁸⁴ BUSNELLI, Francesco Donato. **Diritto Giurisprudenziale e responsabilità civile**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 34, atenta para a imprescindível necessidade de se atentar para a demarcação dos

Tal decorre da constatação de que a abertura do sistema jurídico à responsabilidade objetiva, reconhecendo a sua imprescindibilidade em diversas áreas da vida de relação, o que decorre dos atuais anseios sociais em matéria de gestão de dano, em sendo desprovida de um conteúdo normativo mais denso para além da sua previsão legal (aqui denominada tipicidade), restaria reconduzida à imputação pela simples causalidade, o que já se teve oportunidade de rechaçar. Tal decorre do simples fato de que a reparação automática, assim entendida como aquela que se mostre alheia ao comportamento do autor do dano e, ao mesmo tempo, desprovida de estrutura imputacional dotada de uma normatividade suficiente a lhe dar substrato, é opção que, caso venha a ser feita, deverá lançar mão de outras categorias jurídicas que não aquelas inerentes à responsabilidade civil¹³⁸⁵.

Por isso é que a subtração da relevância dos pressupostos de matriz subjetiva vem complementada pela necessidade de jurisdicização daqueles de natureza objetiva, fazendo com que se apresentem, por isso, aptos a converterem-se não apenas em epicentro da responsabilidade civil objetiva, mas, para além disso, em autênticos filtros da reparação, complementando, deste modo, a previsão legal predisposta acerca dos grupos de danos que se submeterão ao aludido regime jurídico.

Dito de outro modo, a obrigação indenizatória – especialmente aquela que se estabelece a partir de um nexo de imputação de matriz objetiva – pressuporá, mais do que nunca, a verificação de um elemento nuclear com contornos deveras juridicizado, tudo com o fim de se estabelecer, por meio desta operação normativa, um filtro eficiente à seleção dos danos que, diante das suas características, ensejarão um dever de indenizar independentemente da valoração em concreto do comportamento do qual provêm.

limites dos danos ressarcíveis, para o fim de evitar o que denomina “slippery slope” associada aos perigos de uma “voragine risarcitoria”.

¹³⁸⁵ MONTEIRO, António Pinto. **A responsabilidade civil no direito contemporâneo**, cit., p. 326. Nas precisas palavras do autor, “a responsabilidade civil visa reparar o lesado – mas não esgota os meios de reparação; e repará-lo à custa do lesante – mas só quando este for responsável pelo dano causado ao lesado”. E justamente a satisfação de uma série de requisitos de cunho normativo é que poderá legitimar o reconhecimento da condição de responsável.

Por isso é que compreender como tal se dá no plano de verificação do atendimento do suporte fático da imputação objetiva é tarefa relevante à demarcação das bases de um regime geral de responsabilidade objetiva.

2.2 Responsabilidade civil objetiva e revisão dogmática

Tal qual se vem procurando demonstrar ao longo da presente exposição, não é mais possível bem compreender e bem operacionalizar a responsabilidade civil objetiva, hoje, se não por meio de um profundo processo de ruptura da sua vassalagem ao regime geral de matriz subjetiva.

Ou seja, a sua disciplina não mais pode ser compreendida como um vínculo obrigacional no qual basta a supressão da relevância da culpa e da ilicitude a partir de um comando legal predisposto neste sentido. E isso seja porque os objetivos a serem perseguidos, não obstante comuns na essência (daí a unidade da responsabilidade civil), são diversos na sua variação, seja porque a forma como opera a concretização dos seus intentos, sem prejuízo de uma aparente homonímia, também é diversa.

Nos termos em que postos, a carga normativa centralizada na culpa e na ilicitude veio dispersa no conteúdo das noções juridicizada de dano e de nexo de causalidade, fazendo com que, aliadas à previsão legal acerca da incidência de um regime agravado de imputação, possam bem fazer as vezes de demarcadores do seu âmbito de aplicação.

A responsabilidade civil objetiva, diante disso, somente se legitima se, atendida a previsão legal que a autorize, seja possível verificar a existência de um dano juridicamente relevante que se conecte por meio de uma relação causal ao fator de atribuição, sendo ambos os referidos conceitos atendidos no seu conteúdo normativo e não meramente naturalístico.

Por isso é que, no intuito de bem sistematizar o regime geral de responsabilidade objetiva que se está a propor, legitimado pelo princípio da

solidariedade e materializado por meio da ponderação dos interesses contrapostos que se apresentam por meio da causação de um prejuízo não consentido que necessita ser equalizado, mostra-se de vital relevância analisar o modo como tal se concretiza – e se sintetiza – nos seus pressupostos centrais.

2.2.1 A centralidade do conceito normativo de dano

Nos termos em que se tem assinalado ao longo da presente investigação, ideia que ganha especial relevo em um regime geral de responsabilidade civil objetiva, a adoção de uma noção juridicizada de dano é de vital relevância à atual compreensão do instituto. Pressupõe, portanto, ter-se presente que o conceito em causa nem de longe pode ser associável a uma mera alteração fática da realidade, carecendo de ser justificado por intermédio de critérios de natureza normativa, os quais se fundam, por isso mesmo, em ponderações de cunho estritamente jurídico¹³⁸⁶.

Tal implica em identificar que a delimitação dos prejuízos indenizáveis daqueles que não legitimarão uma transferência à esfera jurídica de terceiro tem por fim operacionalizar o intento precípua da responsabilidade civil, que é a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento por meio da sua indenização quando comprometida a utilidade que deles se pode extrair. Para tanto, esta tarefa será exercida tendo em conta não apenas um viés essencialmente estático, assim considerado na relação entre o bem jurídico e a sua atribuição a um dado sujeito, mas, mais do que isso, também dinâmico, de modo a permitir seja ponderado o seu uso, emprego ou aplicação concreta, a partir de uma premissa utilitarista¹³⁸⁷.

Não há dúvidas que, tal qual já explicitado, dito processo rumo a um conceito normativo passa pela sua compatibilização com a ideia de lesão a interesse protegido, o que se dá de modo tão estreito que, não raro, a própria noção de dano

¹³⁸⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. O método do caso. Coimbra: Almedina, 2006, p. 89.

¹³⁸⁷ COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O enriquecimento...**, cit., p. 35.

juridicamente relevante vai assim sintetizada¹³⁸⁸. É, contudo, mais do que isso, não obstante a teoria do interesse esteja integrada ao seu conteúdo¹³⁸⁹, pressupondo a verificação de uma alteração ou mesmo de um prejuízo no interesse em si considerado, por meio do comprometimento da sua funcionalidade¹³⁹⁰.

O dano em sentido jurídico deve ser entendido como a perda de uma utilidade tutelada pelo direito – por isso associada à lesão a um interesse juridicamente protegido – em um contexto que permita reconhecer que a intervenção da qual decorre não estava legitimada. Trata-se, portanto, de um conceito complexo, na medida em que implica relevar não apenas a alteração negativa produzida na esfera da vítima, mas também o fato de decorrer da violação de uma situação juridicamente tutelada, o que deve ser avaliado tanto do ponto de vista do lesante (a partir do seu fato gerador, com o fim de verificar se esta atuação não estava legitimada), quando do lesado (em razão da esfera violada sem o devido consentimento do seu titular).

Neste particular é que o paradigma do *dano ingiusto* não pode e não deve ser desconsiderado. Mesmo contendo em si estrutura normativa que não se replica (ao menos em termos legislativos) nos demais sistemas sob comparação, já que apenas o Código de 1942 exige de modo expresso a injustiça do dano como pressuposto da responsabilidade civil, dito modelo bem tem servido, ao longo da sua vigência, para compatibilizar a necessidade de promover uma avaliação intermediária (e conciliadora) entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, na linha que se tem sustentando até aqui¹³⁹¹.

¹³⁸⁸ Neste particular, concorda-se com FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil...**, cit., p. 90, nota 106, quando observa a impossibilidade de que o dano, mesmo em sentido normativo, seja assim definido como lesão a um interesse juridicamente protegido, sob pena de se cancelar uma sobreposição de conceitos.

¹³⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo**. Coimbra: Coimbra, 2008, v. I, pp. 546-547.

¹³⁹⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile e danno**. Torino: Giappichelli, 2010, p. 225. Neste particular, bem observa o autor que o dano não reside apenas na supressão de um bem, mas, mais do que isso, na diminuição ou na perda de idoneidade à satisfação das necessidades do lesado cuja proteção é reconhecida pelo direito. Tanto porque a simples ideia de lesão a interesse não basta a fornecer a base e os elementos idôneos para uma definição de dano em termos rigorosos.

¹³⁹¹ Este reconhecimento é expresso por parte da doutrina italiana, a qual tem sistematicamente asseverado que “l’ingiustizia si conferma come l’unico criterio giuridico che permette di qualificare il dano risarcibile”; assim, DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**, cit., p. 189. No mesmo sentido, BUSNELLI, Francesco Donato. **La parabola della responsabilità civile**. *Rivista critica del diritto privato*, Bologna, v. 6, n. 4, pp. 643 e ss., dec. 1988, p. 654.

Ou seja, superadas as dificuldades iniciais envolvendo a delimitação do juízo de desvalor que se estabelece a partir do predisposto no preceito legal italiano, não há dúvidas que a experiência jurídica construída em torno da peculiar ideia de *ingiustizia* (sem prejuízo das críticas que possam ser dirigidas à terminologia utilizada) permitiu a construção de um modelo rico em normatividade, o qual vem integrado no próprio conceito de dano – e não mais na conduta, a partir da operacionalização dos conceitos clássicos de ilicitude e de antijuridicidade –, permitindo convertê-lo em importante filtro de seleção dos prejuízos passíveis de reparação. Quanto mais porque esta função adquire especial relevância em um regime no qual os outros pressupostos que poderiam exercer esta função tiveram a sua aferição suprimida¹³⁹².

E tal não significa, como se poderia sustentar, na importação de um problema alheio¹³⁹³, na medida em que o artigo 2.043 do *Codice Civile* faz alusão expressa à injustiça do dano e não da conduta, o que não se verificada com igual clareza nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira, ou mesmo nos sistemas paradigmáticos francês e alemão¹³⁹⁴.

Trata-se, ao invés, de reconhecer uma solução que foi forjada ao longo dos anos na tentativa de bem equacionar a inovação trazida pelo Diploma de 1942 – é bem

¹³⁹² Conforme tem-se reconhecido acerca da questão ora em exame, “[o] conceito normativo de dano não resolve o problema do seu preenchimento. Embora evite as dificuldades de uma compreensão social ou empírica de prejuízo, por si só é inoperante. Para o aludido preenchimento relevam outros pressupostos da responsabilidade, particularmente a ilicitude”; assim, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 90. Está-se de total acordo com estas premissas e delas se pode extrair que, no campo da responsabilidade civil, não apenas vai ratificada a impossibilidade de se considerar absolutamente irrelevante o conteúdo da ilicitude, porém, diante da impossibilidade da sua integral aplicação, promover-se a integração dos seus elementos residuais no próprio conceito normativo de dano, nos moldes do que se opera por intermédio de uma valoração nos moldes da injustiça do dano italiana.

¹³⁹³ Assim se diz “problema” porque não há dúvidas que o Código de 1942, ao associar a por ele denominada injustiça ao dano e não à conduta, trouxe grande inovação aos modelos então vigentes e, por conseguinte, criou intensa controvérsia que precisou ser destrinchada pela doutrina italiana ao longo dos anos, de modo acelerar uma mudança de paradigma.

¹³⁹⁴ A condescendência com importações estéreis por simples invocação da autoridade do direito comparado tem sido preocupação de há muito manifestada. Nesta linha, ao contrário da noção jurídica de dano injusto, que se apresenta útil à solução de um problema concreto (a necessidade de integração de elementos normativos relevantes à responsabilidade objetiva, mas que restaram desalojados do processo de surgimento do vínculo obrigacional indenizatório em razão da irrelevância da ilicitude, nos seus termos genuínos), já se teve oportunidade de sustentar, por exemplo, a inutilidade do conceito de dano existencial, igualmente caro à experiência jurídica italiana, mas inútil a outras realidades jurídicas, em razão dos moldes como os danos extrapatrimoniais vêm regulados (de maneira aberta) nos sistemas jurídicos português e brasileiro, por exemplo. Assim, TEIXEIRA NETO, **Dano moral coletivo**, cit., p. 45, nota 60.

verdade, para resolver um problema prático da experiência italiana –, e que, agora, diante da forma como estão a se colocar as novas necessidades a serem geridas pela responsabilidade civil, passa a se constituir em meio de bem satisfazer a imprescindível atenção que merece ser dada, em paralelo, aos interesses contrapostos que se apresentam na complexa gestão do dano a partir de uma perspectiva de imputação objetiva.

Em palavras mais precisas, é de se afirmar que não se pretende a estrita adoção de um modelo cujos termos (do ponto de vista legislativo) não têm uma expressa adoção por parte dos demais sistemas jurídicos. O que se deseja é lançar mão de um conceito que, corporizado por meio da experiência do *danno ingiusto* – especialmente tendo em vista a sua aferição por meio de um duplo exame *non iure* e *contra ius* que se projeta em relação ao dano, ainda que na sua interface com o fato gerador do qual provém –, vem concretizado em termos normativos e apresenta-se adequado a suprir necessidades bem perceptíveis em um regime geral de responsabilidade objetiva.

E o fato de os sistemas jurídicos não preverem a necessidade de um requisito nos moldes da injustiça do dano – a designação, reconhece-se, não se apresenta a mais adequada, afigurando-se preferível algo associado à ideia de (i)legitimidade, diante das dificuldades semânticas próprias do termo (in)justiça – não é empecilho ao reconhecimento da necessidade de uma valoração complexa, nos moldes em que por meio dele representada. Isso porque, tal qual visto, o processo de subsunção dos fatos na norma de imputação objetiva bem permite que, quando da consecução deste processo, observe-se para a imprescindibilidade de que o prejuízo sofrido pela vítima, a fim de justificar o dever de indenizar respectivo, encerre uma violação a um interesse juridicamente protegido (do ponto de vista da ponderação a partir dos interesses do lesado) e não se dê no âmbito do exercício regular de um direito (do ponto de vista do sujeito responsável)¹³⁹⁵.

¹³⁹⁵ Neste aspecto, como observa SACCO, Rodolfo. **Che cos'è il diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 276, “[i] francesi sono passati dalla regola della lesione del diritto alla declamazione del *neminem laedere* senza norma autorizativa. I tedeschi stanno demolendo gli steccati dei §§ 823 e 826 senza bisogno di una norma autorizativa”, constatações que bem demonstram a possibilidade que, por meio de um processo interpretativo bem estruturado, é possível promover ajustes de aplicação da norma

Esta é a concretização que se está a propor: que a ponderação acerca da ilegitimidade ou da relevância do dano seja verificada em decorrência da violação de um interesse jurídico titulado pela vítima em razão do prejuízo que lhe fora causado (prisma do lesado) e em razão da impossibilidade de se verificar que este mesmo prejuízo tenha decorrido do regular exercício de um direito por parte do sujeito responsável (prisma do lesante).

Quanto mais porque esta forma de concretizar o conceito de dano, permitindo uma mais precisa delimitação entre aqueles cuja reparação se legitima e aqueles que devem permanecer na esfera jurídica em que ocorreram, na medida em que releva ambos os interesses contrapostos por meio das duas valorações que traz em si, resta por se constituir em notória ferramenta de concretização da solidariedade¹³⁹⁶, nos exatos moldes do que se espera de um regime geral de responsabilidade objetiva.

Dito processo, na sequência, vem completado por uma avaliação também normativa do nexo de causalidade, nos termos em que se passa a tratar.

2.2.2 *A operatividade da noção juridicizada de nexo causal*

Na linha do que sucede com o conceito de dano, também a noção jurídica de causalidade vem chamada a atender necessidades próprias da responsabilidade civil objetiva, relacionadas, em última análise, à imprescindibilidade de bem delimitar os prejuízos que justificarão o surgimento de um vínculo obrigacional reparatório não legitimado pelo princípio da culpa e pela noção de reprovabilidade a ele associada.

Isso porque não obstante a realocação de elementos normativos provenientes de outros pressupostos seja predominantemente concretizada, nos moldes em que visto supra, por meio da reestruturação do conceito de dano

sem a necessidade de um comando legal expresso a respeito. Tais evidências bem servem, assim, para sustentar que a forma como se interpreta a regra que exige a presença do dano para fins de surgimento do dever de indenizar pode ser concebida a partir de um viés preponderantemente normativo (nos moldes do *danno ingiusto*) mesmo à vista da ausência de uma regra textualmente idêntica àquela do artigo 2.043 do *Codice Civile*.

¹³⁹⁶ BARCELLONA, Mario. *La responsabilità civile*, cit., p. 23.

juridicamente relevante, ocorre que, quando da aplicação das variadas *fattispecie*, não é infrequente verificar-se a necessidade de algum ajuste na demarcação do campo operativo da responsabilidade objetiva, o que deverá ser solucionado por meio da adoção de um conteúdo normativo para a causalidade.

Contribui a viabilizar esta operação o fato de não se ter, em qualquer dos sistemas jurídicos em exame, a adoção taxativa (e, portanto, exclusiva/excludente) de uma ou outra teoria acerca do pressuposto em causa, reconduzindo à construção do que se tem chamado nexo causal flexível¹³⁹⁷. Daí a possibilidade de, quando da sua concretização, à vista da situação de fato posta, seja possível – a partir de um sequencial lógico que parte da *condicio sine qua non* e leva em conta os demais elementos normativos disponíveis no ordenamento – construir-se um conceito útil de nexo de causalidade, suficiente não apenas a concretizar de modo adequado as funções da reponsabilidade civil objetiva, mas também a temperar eventuais excessos que decorreriam de uma aplicação excessivamente rigorosa dos seus termos¹³⁹⁸.

É bem verdade que tal não se trata de uma realidade exclusiva da imputação objetiva, pois também o regime geral assente na culpa, em vários casos, tem demandado uma revisão do pressuposto em causa, inclusive com uma conjugação de teorias a fim de viabilizar um resultado prático útil, independentemente, aliás, da terminologia adotada. O que ocorre é que os maiores questionamentos postos em matéria de causalidade estão, em grande parte, associados a situações tipicamente submetidas a regimes cuja imputação se estabelece a partir de requisitos de matriz

¹³⁹⁷ VIOLANTE, Andrea. **Responsabilità oggettiva e causalità flessibile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 59.

¹³⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 66-67. Não obstante se esteja de acordo com as premissas postas pelo autor, não se pode concordar com a afirmação no sentido de que dito procedimento tende a garantir, na prática, uma maior indenizabilidade dos danos sofridos pelas vítimas. Isso porque se entende que a concretização do nexo causal por meio de um processo juridicizado não pode tomar, de antemão, um partido ou um objetivo a ser alcançado, mas ter por finalidade garantir uma adequada aplicação da responsabilidade objetiva, independentemente de isso representar uma ampliação ou uma restrição do seu alcance. Em suma, o que importa e deve ser perseguido é uma adequada operacionalização do instituto e não a garantia de uma ressarcibilidade que, se desprovida de fundamento normativo, poder-se-ia apresentar até mesmo ilegítima.

objetiva¹³⁹⁹, o que aumenta a relevância de ressistematização de dito pressuposto para fins da adequada operacionalização de um regime geral desta natureza.

Não se desconsidera que, tal qual antes referido, parcela da doutrina tem atentado para o fato de que, ao menos a partir de uma valoração em abstrato do juízo de imputação, seria preferível que a problemática concernente à seleção dos danos ressarcíveis não fosse operada por intermédio do nexo causal, mas apenas por meio da concretização do conceito de dano juridicamente relevante¹⁴⁰⁰. Isso porque é no seu âmbito de demarcação – através da sua normatividade – que se deve verificar o alcance das regras de responsabilidade civil, independentemente da sua matriz, o que somente se agrava naquelas de ordem objetiva.

Não obstante, em tese, tal assertiva não seja equivocada, a verdade é que, especialmente diante da supressão de pressupostos pela qual passa um regime geral de imputação objetiva, tal qual já referido em diversas oportunidades, haverá situações nas quais a simples concretização do conceito de dano, mesmo quando normatizado, não baste à adequada consecução deste fim. Daí a necessidade de que, em determinados casos, mesmo que por uma via corretiva, quando os caminhos assim ditos tradicionais à demarcação da causalidade suficiente à imputação não se mostrarem de todo adequados, seja a aferição do dito pressuposto empregada para fins de delimitação entre os prejuízos que serão objeto de um dever de ressarcimento e aqueles que, legitimamente, permanecerão na esfera jurídica da vítima¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 101; nas palavras do autor, “os riscos da sociedade pós-industrial multiplicaram-se e os processos causais danosos não são, com enorme frequência, nem singulares nem transparentes”. Considerando que as hipóteses tipicamente – ou ao menos com maior frequência – características de uma realidade pós-industrial estão, em larga escala, submetidas a regras de responsabilidade objetiva, mesmo que com nexos de imputação variados, é compreensível que a problemática associada à causalidade venha a tomar contornos particulares em um regime geral nos moldes do que se está a propor, assumindo funções que um simples juízo naturalístico de *condicio sine qua non* não está apto a responder.

¹⁴⁰⁰ MONATERI, Pier Giuseppe. **Responsabilità civile (voce)**. AAVV. Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Torino: UTET, 2011, t. XVII, p. 12.

¹⁴⁰¹ Como bem observa FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., p. 101, não há como se desconsiderar o fato de que o debate em torno da causalidade, ao menos visto a partir de um prisma precipuamente jurídico, está permeado “por critérios de distribuição dos riscos em sociedade (mesmo que não assumidos explicitamente)”. Esta constatação, assim, reforça a necessidade de conexão entre a demarcação da causalidade e a aferição do escopo da norma violada, exatamente com o fito de estabelecer em que margem determinados danos são atribuídos a determinadas esferas jurídicas.

Tal fica especialmente bem evidenciado quando se examinam diversas situações nas quais se mostra imprescindível a compatibilização do nexo de causalidade com o escopo da norma violada. Por meio deste recurso será possível – tanto para fins de ampliação quanto de restrição da responsabilidade civil – uma delimitação mais precisa dos danos a serem ressarcidos, nomeadamente através de uma aferição corretiva, quando a equivalência das condições e a causalidade adequada não se mostrarem suficientes para este fim, diante da sua preponderância fático-naturalística.

Nestes termos, afigura-se relevante a compreensão da possibilidade de se reconstruir, tendo em conta o escopo da norma violada, a relação probabilística em abstrato que se estabelece entre a fonte de responsabilidade e o dano, demonstrando-se, assim, que o evento deve estar inserido nos limites do risco correspondente. Em outras palavras, o escopo da norma passa a ser tomado, no estabelecimento dos limites do dever de indenizar, como guia à concretização dos limites da relação causal entre o dano indenizável e o fator de atribuição previsto na *fattispecie* respectiva, permitindo a consideração das situações que, normativamente, visam a ser tuteladas pelo ordenamento jurídico¹⁴⁰².

¹⁴⁰² BORDON, Raniero. **Una nuova causalità per la responsabilità civile**. Persona e danno (a cura di Paolo Cendon), Trieste, 13 feb. 2008. Disponível em: <<https://www.personaedanno.it/articolo/una-nuova-causalita-per-la-responsabilita-civile-raniero-bordon>>. Acesso em: 06 ago. 2017. A propósito, o autor cita importante decisão proferida pelas *Sezioni Unite Civili* da Corte de Cassação italiana (sentença n. 581, de 15 jan. 2008), a qual reconheceu, partindo das premissas extraíveis do escopo da norma violada, a possibilidade de que, em uma situação envolvendo danos associados à contração de doença infectocontagiosa verificada após a realização de terapia com o uso de sangue humano, fosse reconhecido o dever de reparar a partir do estabelecimento do nexo de causalidade com base no preceito “più probabile che no”. Ou seja, reconhece-se que a causalidade, mesmo diante de alguma parcela de dúvida, pode ser estabelecida a partir da uma forte probabilidade extraível do risco normal associado a uma dada atividade, tendo em vista o escopo da norma que regula a proteção respectiva nos casos a ela vinculados. No caso, entendeu-se que era “mais provável que não” o fato de a contaminação decorrer da transfusão realizada, especialmente tendo em vista os parcos mecanismos de controle utilizados na época para as doenças contraídas. A íntegra da decisão está disponível em: <http://www.studiolegalegiovanniromano.it/cassazione_ss_uu_sent_581_2008_danni_da_sangue_infetto_testo_da_altalex_nr_2011_del_15_01_08_122.html>. Acesso em: 06 jan. 2018. Aliás, a regra probabilística acerca da causalidade civil (justamente o que a diferencia da causalidade penal, na qual vige a máxima “oltre il ragionevole dubbio”), já havia sido reconhecida pela Cassação, por meio da sua 3ª Seção Cível, quando proferida a sentença n. 21619, de 16 out. 2007, o que veio apenas reafirmado pelas Seções Unidas, dando caráter de generalidade à construção jurídica em causa.

Exatamente por isso é que, não desconsiderando vozes em sentido contrário¹⁴⁰³, está-se de acordo com a proposição segundo a qual a adoção de uma aferição assim dita normativa do nexo de causalidade será, quiçá, a única adequada à responsabilidade objetiva¹⁴⁰⁴. E tal decorre do seu potencial para resolver as necessidades de alocação dos elementos que, remanescendo de um juízo de valoração nos moldes da ilicitude e não sendo de todo absorvidos pelo conceito juridicizado de dano defendido até aqui, mostram-se imprescindível à adequada operacionalização de um regime geral nos moldes em que proposto.

Não se trata de sustentar a imprescindibilidade da existência de um risco especial de ocorrência de danos para fins de justificar a imputação, o que já se teve oportunidade de rechaçar em momento precedente, ao menos enquanto regra geral. Trata-se tão somente de reconhecer que toda e qualquer atividade (aqui compreendida em sentido amplo) traz em si algum risco, mesmo que sequer tenha relevância para justificar um agravamento da imputação; a identificação deste risco é que permite completar/integrar o processo de aferição do nexo de causalidade, para o fim de determinar que um dado evento possa ou não ser razoavelmente inserido nos desdobramentos decorrentes da atividade sob exame, o que deverá ser feito a partir da consideração do escopo da norma por ele violada.

Para este fim, é imperioso tenha-se presente que, na responsabilidade civil objetiva, são os critérios de imputação legalmente estabelecidos que delimitam a sequência causal que releva para fins de surgimento da responsabilidade, e não a conduta de um dado agente que se pretende responsável¹⁴⁰⁵. Tal faz com que os elementos normativos, devidamente ordenados pelo elemento cultural, estabeleçam,

¹⁴⁰³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 60; ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Responsabilidade civil por violação de deveres de tráfego**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 770; dentre outros.

¹⁴⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais**. Lisboa: Lex, 1997, p. 539. Cumpre retomar que, nas exatas palavras do autor, a teoria do escopo da norma “cobriria bem a imputação objectiva; seria mesmo a única forma de, aí, determinar a causalidade”.

¹⁴⁰⁵ CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., p. 338.

em conjunto, a partir da subsunção dos fatos à *fattispecie*, o campo de atuação da imputação correspondente¹⁴⁰⁶.

A propósito, não se pode esquecer que o nexo causal é de vital importância justamente a concretizar diversas das situações de exclusão da responsabilidade objetiva, em razão da sua ruptura. Tanto que a modulação da concretização das respectivas figuras – caso fortuito e força maior, fatos exclusivos da vítima e de terceiro –, por meio do reconhecimento de que apenas aquelas que são externas à fonte de responsabilidade (*v.g.*, exercício de uma atividade ou situação/condição jurídica do sujeito dito responsável), bem servem a este fim, o que não deixa de, conforme já afirmado precedentemente, representar, por meio da causalidade, um esforço a situar o âmbito de incidência da imputação apenas nos limites do seu real e efetivo fator de atribuição.

Dito de outro modo, no momento em que se reconhece que apenas o fortuito externo tem potencial para excluir a responsabilidade civil objetiva, consagra-se, mesmo que não de modo expresso, por intermédio da aferição do escopo da norma violada – dos limites que a norma de proteção visa a dar ao risco de determinadas atividades, por exemplo –, uma visão normativa do próprio nexo de causalidade, atribuindo-lhe a prerrogativa de, juntamente com o conceito juridicizado de dano, fazer as vezes de filtro do dever de reparar situado fora dos limites do princípio da culpa

Neste cenário, é possível verificar que a concretização do nexo de causalidade em um regime geral de imputação objetiva passa a se constituir – a partir de uma perspectiva juridicizada, que leva em conta não apenas a relação fática de causa e efeito, mas, mais do que isso, também a interconexão lógica com o intuito protetivo das regras de responsabilidade que autorizam, na hipótese específica em

¹⁴⁰⁶ Daí que, neste norte, consoante leciona BUSSANI, Mauro. **La responsabilità civile al tempo della crisi**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, v. 69, n. 2, p. 567–581, giu. 2015, pp. 572–573, todo o cenário que envolve a forma como se processa a imputação objetiva converte o nexo causal em instrumento dúctil e potente para a fixação da linha de corte entre as posições ressarcíveis daquelas que deverão permanecer sob o encargo do lesado, fazendo com que o emprego ponderado da sua normatividade seja hábil a “capturar na rede aquiliana” uma série de situações que lhe escapariam.

análise, o surgimento de um dever de indenizar¹⁴⁰⁷ – em eficiente instrumento a promover, mesmo que com frequência e intensidade variadas em cada *fattispecie*, a seleção dos danos ressarcíveis¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁷ Neste particular, não obstante critique o exagero da importância atribuída à teoria do escopo da norma violada, que prefere denominar “fim de proteção da norma”, FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito Civil**, cit., pp. 101-102, atenta para o fato – com o que se está de acordo – de que o preenchimento da causalidade não pode ser visto se não como um problema de interpretação normativa.

¹⁴⁰⁸ Assim, ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. Principi. Torino: UTET, 2015, p. 315.

§ 2º A FUNCIONALIDADE DO REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA: EXAME A PARTIR DA IMPUTAÇÃO DECORRENTE DOS DANOS AMBIENTAIS

Apresentadas as bases sobre as quais se funda a proposta de reconstrução sistemática da responsabilidade civil objetiva – de modo a viabilizar, por meio da recolha dos elementos que lhe são comuns e, mais do que isso, necessários à adequada concretização das diversas situações em que se manifesta –, cumpre aferir como estes delineamentos teóricos se comportam a partir de situações concretas.

O propósito deste exercício de aferição da validade dos marcos teóricos até aqui delineados tem por objetivo, justamente, mostrar que a tão característica fragmentariedade da imputação objetiva não lhe retira o sentido de unidade e de conjunto, fazendo com que as várias premissas apresentadas sejam efetivamente comuns a todos os regimes especiais. Inclusive nas situações em que a fragmentariedade é ainda mais evidente, diante da aparente adoção de pressupostos autonomamente adaptados a partir dos paradigmas revisitados e postos até aqui, ao ponto de se pretender – com equívoco – a criação de regimes especiais dentro dos regimes especiais, cedendo-se à tentação para a fuga rumo à especialidade da especialidade.

Para este fim, diante da impossibilidade de se avaliar em concreto todos os regimes existentes, optou-se pelo exame da forma como se comportam os marcos da teoria geral da responsabilidade civil objetiva ora proposta na *fattispecie* associada aos danos ambientais¹⁴⁰⁹. Tal opção deu-se em razão da natureza paradigmática do regime

¹⁴⁰⁹ De plano, é de se registrar que as considerações que serão apresentadas não têm por fim esgotar a temática da responsabilidade civil em razão dos danos ao ambiente ou tampouco abordá-la com profundidade científica que pudesse trazer sequer uma visão abrangente do tema. Trata-se apenas de, à vista das considerações de cunho ressystematizador propostas, verificar, a partir de um regime especial de responsabilidade (que poderia ser outro, inclusive), as formas como se perfectibilizam num plano concreto de aplicação as formulações apresentadas – estas, sim, objeto da investigação. Fica, portanto,

próprio, seja pelas suas diversidades internas, seja pela sua própria conexão com os influxos atuais do instituto, especialmente considerando que nele se manifestam de modo bastante evidente as principais controvérsias levantadas ao longo da presente investigação.

Nesta toada, oportuno retomar que duas são as linhas teóricas sobre as quais se fundou a ressystematização apresentada: primeiro, que a responsabilidade objetiva traz em si, tanto na sua previsão legal, quanto na sua concretização, um inquestionável juízo de ponderação entre interesses contrapostos que precisam ser compatibilizados, o que viabiliza a gestão adequada dos prejuízos que lhes estão associados; segundo, que a limitação dos pressupostos tradicionais do dever de indenizar exige que aqueles que se mantêm imprescindíveis sejam relidos a partir da necessidade de operatividade da imputação, absorvendo parcelas daqueles que, não obstante dispensados, são relevantes em algum grau à adequada gestão dos danos.

Analisar, portanto, (a) a escolha acerca da adoção ou não e da caracterização ou não de uma hipótese de imputação objetiva, (b) a demarcação dos elementos que compõem o dano que merece ser reparado, por meio de um processo de jurisdicação que permita diferenciar o prejuízo em sentido amplo daquele que legitimamente pode se converter em fonte de responsabilidade, e (c) a compreensão da forma como a relação normativa de causa e efeito que se estabelece entre o prejuízo relevante e o fator de atribuição operacionaliza-se para fins de concretizar a seleção dos interesses dignos de tutela, são tarefas a serem perseguidas, ainda na tentativa de demonstrar a operatividade da ressystematização proposta.

desde logo consignada a ressalva no sentido de que a disciplina dos danos ambientais, especialmente em uma perspectiva comparatista entre os três sistemas sob exame, não tem qualquer pretensão de exaurimento ou mesmo de sistematização mínima quanto ao panorama completo dos seus termos.

1 A responsabilidade civil ambiental e o juízo de ponderação que se concretiza por meio da imputação objetiva

A ideia de responsabilidade civil associada à verificação de danos ambientais¹⁴¹⁰ é relativamente nova na civilística, o que se deve não apenas à própria contemporaneidade do reconhecimento da relevância jurídica dos bens ambientais em si mesmo considerados, mas também à imprescindibilidade da superação, para este fim, de uma série de restrições típicas do instituto na sua feição clássica. Neste particular, basta ter-se presente que o conceito de dano talhado à luz da teoria da diferença e a noção de ilicitude enquanto lesão a direito subjetivo propriamente dito – para ficar apenas com dois dos pressupostos tradicionais – impediam a indenizabilidade de qualquer prejuízo que não estivesse claramente associado às ditas categorias jurídicas estreitas e, por isso, inábeis a gerir situações que não decorressem da exata verificação dos seus termos¹⁴¹¹.

¹⁴¹⁰ A própria designação não é unívoca, pois ao passo em que, na tradição brasileira, pode ser empregada para referir todo e qualquer prejuízo (individual, coletivo em sentido estrito ou difuso) decorrente da lesão a interesses juridicamente protegidos associados a bens ambientais, nos sistemas europeus é frequente a sua contraposição com a ideia de dano ecológico. Nesta linha, enquanto o dano ambiental toma por base a perspectiva do prejuízo causado às pessoas e às coisas, isto é, aqueles sofridos por determinados sujeitos nos seus bens jurídicos de personalidade ou nos bens jurídicos patrimoniais em razão da lesão ao ambiente, o dano ecológico parte da perspectiva coletiva *lato sensu* do interesse jurídico respectivo, quando o próprio bem ambiental/ecológico é comprometido, de modo a frustrar as utilidades que, sob um prisma difuso de fruição (por isso mesmo indivisível), dele podem ser extraídas. Sobre o tema, GOMES, Carla Amado. **A responsabilidade civil por dano ecológico.** Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de julho. Disponível em: <www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_ma_9137.doc>. Acesso em: 01 dez. 2017, pp. 04-06; no mesmo sentido, SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos.** Da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra: Coimbra, 1998, pp. 69-70. É bem verdade que a questão sofreu algum revés no cenário europeu após a edição da Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de modo a promover uma unificação terminológica por meio da designação *dano ambiental*, consoante adiante se verá. De plano, cumpre consignar que a expressão será usada ao longo da presente investigação tendo em conta uma perspectiva alargada, de modo a abranger tanto o dano ambiental *stricto sensu* (na sua perspectiva assim dita individual) quanto o dano ecológico (na sua perspectiva difusa), até mesmo porque se entende que tal seja produtor de unidade sobre o qual se funda a tese proposta.

¹⁴¹¹ Exatamente em razão desta característica é que, com razão, OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 13, fala em “desajustamento das estruturas clássicas de imputação”.

Nesta linha é que todo o giro conceitual pelo qual passou a própria ideia de responsabilidade civil, tal qual visto largamente no curso da investigação, permitiu uma ressignificação que veio a tutelar uma série de situações que lhe escapavam, dentre elas as associadas à reparabilidade dos assim ditos danos ambientais em sentido amplo¹⁴¹².

1.1 *Considerações preliminares acerca da problemática envolvendo a responsabilidade civil e a gestão dos danos ambientais*

Antes de se adentrar no problema da imputação do dano ambiental em si e das suas interfaces com o modelo geral de responsabilidade objetiva proposto, algumas considerações de cunho geral e introdutório precisam ser postas. Dita necessidade decorre, especialmente, de especificidades muito próprias do regime em questão, mesmo que, como dito, não seja objeto da tese formular uma sistematização exauriente sobre os seus termos.

Para este fim, cumpre assinalar que, partindo do âmbito comparatista em que se está a desenvolver o presente estudo, a categoria em questão traz ínsitas algumas controvérsias que não podem deixar de ser registradas. Isso porque, especialmente no cenário jurídico europeu, a gestão do dano ambiental, sem prejuízo da previsão de uma estrutura imputacional próxima daquela verificada na civilística

¹⁴¹² Nesta perspectiva, superada a ideia equivocada de que os bens ambientais seriam *res communes omnium* na sua plenitude, o que foi possível a partir da constatação de que não têm caráter ilimitado, carecendo, por isso mesmo, de proteção. Abre-se, com isso, a possibilidade de se reconhecer que o ambiente em si mesmo considerado (e não apenas nos reflexos que possa projetar sobre outros bens jurídicos) é um bem jurídico autônomo ao qual estão associados interesses merecedores de tutela cuja lesão causadora de frustração de utilidades dele extraível permite o surgimento de um dever de indenizar por meio da incidência das regras de responsabilidade civil. Sobre o tema, LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente**. In: AAVV. Actas do Colóquio 'A responsabilidade civil por dano ambiental'. Lisboa: Instituto de Ciências-Jurídicas Políticas, 2008, pp. 21-22; com a mesma perspectiva, FRANCARIO, Lucio. **Danni ambientali e tutela civile**. Napoli: Jovene, 1990, p. 84-86.

tradicional, tende a assumir uma natureza publicista¹⁴¹³ que tem permitido, não raro, uma apropriação indevida do tema por parte das ciências jurídico-políticas¹⁴¹⁴.

Por isso, aliás, a exata escolha do regime de imputação em causa, o que se faz, dentre outras razões, com o intuito de fomentar este debate. A unidade ora proposta para a responsabilidade civil objetiva tem como um dos seus intentos a centralização do instituto no direito civil que, tratando com maior profundidade os fundamentos, os objetivos e a estrutura normativa da qual se vale a ordem jurídica para o surgimento do vínculo obrigacional respectivo, possui melhores condições para desenvolver o tema a partir de premissas mais bem estruturadas dogmaticamente.

A propósito, não se desconsidera que a razão básica para a aludida apropriação está no fato de que não é infrequente reconhecer-se que o caráter difuso do interesse juridicamente protegido associado aos bens ambientais (visto, portanto, na sua real dimensão e não nos reflexos que possa acarretar nas esferas individuais de cada sujeito eventualmente atingido de modo particular pela lesão) tende a atribuir-lhe uma natureza pública¹⁴¹⁵. Neste exato ponto, aliás, reside a discordância que se pretende manifestar.

A este respeito, imprescindível atentar para o fato de que os interesses difusos não têm apenas uma natureza pública – o que lhes atribuiria a prerrogativa de serem temática exclusiva do Estado e da sua administração –, pois se constituem em um *tertium genus* entre o interesse público e o interesse privado¹⁴¹⁶, na medida em

¹⁴¹³ VISINTINI, Giovanna. **Cos'è la responsabilità civile**. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale. 2ed. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2014, p. 212.

¹⁴¹⁴ A referência para tanto tende a estar associada a problemas de legitimidade (especialmente processual) relacionados aos danos coletivos, o que somente se agrava nos sistemas jurídicos nos quais a justiça administrativa conta com autonomia em relação àquela de natureza comum. Sem prejuízo de alguma controvérsia a partir dos regimes anteriores, o problema adquiriu feições ainda mais complexas com a transposição aos sistemas jurídicos italiano e português da já antes referida Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, em especial diante da possibilidade de, com isso, promover-se alguma confusão entre os âmbitos de incidência das responsabilidades administrativa e civil. A este respeito, a crítica de GOMES, Carla Amado. **A responsabilidade civil...**, cit., pp. 29-30.

¹⁴¹⁵ VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, p. 212. É justamente esta natureza pública que legitimaria a sua vinculação às funções do Estado e, por conseguinte, o caráter preponderantemente público da responsabilidade civil respectiva.

¹⁴¹⁶ Neste norte, bem sintetiza LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **A responsabilidade civil...**, cit., p. 36, quando afirma que os interesses difusos “não são públicos, uma vez que o seu titular não é o Estado, mas também não podem considerar-se privados, pois não visam a satisfação de necessidades exclusivas de indivíduos determinados. Tratam-se antes de interesses supra-individuais, comuns a todos os

que intimamente ligados à satisfação de “necessidades coletivas individualmente sentidas”¹⁴¹⁷.

Neste prisma, tendo em conta que neles se subsumem necessidades que, não obstante sejam imprescindíveis à plena realização da personalidade de cada sujeito (dotadas, portanto, de uma acepção privada na sua essência), somente podem ser compreendidas na sua plenitude a partir de uma perspectiva alargada (próxima, portanto, do interesse público, mas sem lhe retirar um viés eminentemente jusprivatista¹⁴¹⁸), é de se reconhecer que a temática afeta aos danos ambientais *lato senso* pode e deve ser tratada na sua inteireza pelo direito civil¹⁴¹⁹, no âmbito da disciplina da responsabilidade civil¹⁴²⁰.

membros de uma colectividade, e cuja tutela jurisdicional pode, por isso, ser desencadeada não apenas pelo Ministério Público, mas também por outras entidades ou cidadãos que participem desses mesmos interesses”. No mesmo sentido, SOUSA, Miguel Teixeira de. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português**. Estudos de Direito do Consumidor, Coimbra, n. 6, pp. 279-318, 2004, p. 281.

¹⁴¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. IV, p. 69. Nas exatas palavras do autor, o que, aliás, bem diferenciaria os interesses difusos dos direitos fundamentais, “[t]rata-se de necessidades comuns a conjuntos mais ou menos largos e indeterminados de indivíduos e que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária. Nem são interesses públicos, nem puros interesses individuais, ainda que possam projectar-se, de modo específico, directa ou indirectamente, nas esferas jurídicas destas ou daquelas pessoas”. Partindo da mesma perspectiva para tratar do tema, CRESTI, Marco. **Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi**. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 03-06; igualmente, FEDERICI, Renato. **Gli interessi diffusi**. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo. Padova: CEDAM, 1984, pp. 19-22. Já se teve oportunidade de tratar esta temática com maior especificidade, inclusive a partir de uma abordagem de natureza exclusivamente civilística, pelo que se consinta reenviar a TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano moral coletivo**. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 129-137.

¹⁴¹⁸ A falência da dicotomia público-privado, no campo do direito, já era professada por RAISER, Ludwig. **O futuro do direito privado**. Trad. Lucinda Maria Regugetti. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, a. 9, v. 25, 1979, p. 17, na segunda metade do século passado, fazendo com que se mostre indevida a apropriação, pelas disciplinas juspublicistas, de categorias tipicamente afetadas ao direito civil, tal qual sucede com a responsabilidade civil, apenas pelo fato de que o Estado e a sua administração têm, de algum modo, interesse pelos seus termos. Por isso a viabilidade de que se possa manter o debate acerca da responsabilidade civil afeta aos interesses difusos no âmbito de um regime geral de imputação (especialmente objetiva), independentemente do fato de que, em algumas oportunidades (não em todas), poderá o poder público ser chamado, diante do carácter difuso da titularidade de interesse, a promover a sua tutela.

¹⁴¹⁹ Quando trata das interfaces entre a proteção do ambiente e o direito privado, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado...**, cit., v. II, t. III, p. 702, refere expressamente – e com absoluta propriedade – que “[o] Direito privado do ambiente é Direito civil. Tem todo o interesse estudá-lo em conjunto com regras públicas, mas sempre sem perder a ligação à grande província a que pertence. (...) A lógica do Direito privado defende o ambiente”.

¹⁴²⁰ A propósito, é de se assinalar que o isolamento de uma série de temáticas em disciplinas próprias, sob o pretexto de que não se enquadram nos regimes gerais, foi a tônica que marcou a era da *descodificação*. Não se desconsidera a importância deste fenómeno e tampouco se entende seja equivocado; antes pelo contrário. Todavia, a necessidade de conjunto, que de algum modo se perdeu

Dito isso, cumpre bem delimitar que o interesse jurídico associado à proteção dos bens ambientais pode ser visto a partir de um prisma individual – considerando a perda de uma utilidade que dele retira o sujeito a partir de uma apropriação do seu fragmento, apta, portanto, a causar-lhe danos de ordem individual – ou a partir de um prisma coletivo – tendo em conta os prejuízos que se projetam em relação ao grupo como um todo, em si mesmo considerado, mesmo que, por vezes, diante da forma como se manifestam nas esferas individuais, somente adquiram relevância em perspectiva coletiva.

Em ambas as situações, não obstante a diversidade de perspectiva, a vítima do dano será sempre a pessoa, limitada no desenvolvimento pleno da sua personalidade diante da natureza preponderantemente extrapatrimonial do interesse respectivo e, de algum modo, da frustração decorrente da sua lesão¹⁴²¹. E isso seja a partir de um enfoque individual (quando a fruição do interesse se projeta, mesmo que apenas a partir de um fragmento seu, na esfera privada do sujeito e pode ser assim considerada em razão da proteção jurídica conferida pelo sistema), seja a partir de um enfoque coletivo (quando a fruição do interesse está dispersa no grupo, não podendo ser individualmente considerada, não obstante seja individualmente relevante ao pleno desenvolvimento de cada um, na sua singularidade).

Por esta razão é que a responsabilidade civil se mostra hábil a tutelar o interesse em causa de modo amplo, sempre que caracterizado um menoscabo que permita inferir a existência de uma perda de utilidade tutelada pelo direito, tanto no seu feixe assim dito individual (ainda que homogêneo), quanto na sua essência difusa. Trata-se, em última análise e em ambas as situações, de mecanismo de tutela dos

com o desvirtuamento de categorias jurídicas para atender aos desejos de autonomia de diversas disciplinas vem hoje de algum modo revista pela assim denominada era da *recodificação*, na qual a centralidade do direito civil e dos seus alicerces tende a ser retomada. Sobre o tema, mesmo que ainda a partir de um plano de análise já passível de ser dito um tanto tradicional, IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 3ed. Milano: Giuffrè, 1989, pp. 05-09; o tema foi revisitado, já com uma perspectiva contemporânea, em IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione vent'anni dopo**. Diritto e società, Padova, n. 2, nuova serie, pp. 193-203, 1999, pp. 199-200.

¹⁴²¹ CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., pp. 741-742. Neste norte também já decidiu expressamente a Corte de Cassação italiana, indicando no sentido da convergência entre as noções jurídicas de dano ambiental e de dano extrapatrimonial; assim, ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza n. 6551/2011, di 22 marzo. Sezione III Civile. Rel. Cons. Franco De Stefano. Disponível em: <http://www.giuristiambientali.it/documenti/140411_DA.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

interesses de natureza pessoal diante da ocorrência de um dano ilegítimo (isto é, não justificado pela ordem jurídica, tendo em vista a perspectiva do lesante), seja na sua dimensão individual, seja na sua dimensão coletiva *lato sensu*.

E um exemplo, mesmo que simples, pode clarear as premissas antes desenvolvidas. Para tanto, basta que se tome em conta eventual vazamento de produto químico contaminante em determinado rio, lago ou mesmo no mar: poder-se-á verificar dano de feição coletiva, decorrente da poluição causada, do desequilíbrio do ecossistema em si ou mesmo da mortandade em massa de espécies da fauna nativa (a dimensão deste dano poderá ser variável e deverá ser mensurada) e, em paralelo, danos individuais, por exemplo, de pescadores que exercem o seu ofício naquele local e, em dado espaço de tempo, ficaram privados desta atividade¹⁴²².

Nesta situação, pode ser que o Estado, no campo da responsabilidade civil, sequer faça parte da pretensão de tutela dos interesses jurídicos em causa: na primeira hipótese, nada impede que eventual associação de proteção ambiental venha a manejar demanda judicial contra a empresa causadora do dano (não havendo, neste particular, qualquer relação de direito público e abstraindo aqui as controvérsias de legitimidade processual, diversas em cada sistema); e, na segunda, que os pescadores ou os banhistas particularmente lesados, numa relação típica de direito privado, manifestem as suas pretensões ressarcitórias contra a mesma empresa.

Como dito, ambas as situações merecem ser tratadas pela responsabilidade civil, no âmbito do direito civil e tendo em conta a nova feição que lhe é própria a partir de uma noção revisitada, fazendo com que qualquer apropriação

¹⁴²² Dito exemplo corresponde a situação julgada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, relativa ao vazamento de amônia em razão de colisão envolvendo o navio N-T Norma, fato ocorrido no Porto de Paranaguá/PR. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1114398/PR. 2ª Seção. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em: 08 fev. 2012. Igualmente, precedente envolvendo o vazamento de amônia no Rio Sergipe/SE, o que, além de intenso desequilíbrio ecológico apto a comprometer a fruição coletiva do bem ambiental em si mesmo considerado e, por conseguinte, a qualidade de vida de um grupo indeterminado de pessoas, gerou prejuízos individuais aos pescadores da região, que ficaram mais de seis meses comprometidos no exercício da sua atividade (danos materiais) ou às pessoas que costumavam utilizar o local como meio de lazer (dano extrapatrimonial); assim: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1354536/SE. 2ª Seção. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em: 26 mar. 2014. Ambos os precedentes disponíveis em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 dez. 2017. Consoante se tem reconhecido, os danos, não obstante decorram da lesão do mesmo interesse, em razão do comprometimento do bem jurídico em si, são autônomos e diversos, podendo ser cumulados para fins de reparação/compensação.

por outra disciplina represente uma subtração injustificável de temática, sendo necessário apenas que se pondere, em cada um dos grupos de situações, os interesses envolvidos a fim de viabilizar a sua concretização¹⁴²³.

Neste particular é que, dando sequência à proposição em curso, cumpre aferir como se concretiza, por meio de um regime geral de responsabilidade civil objetiva, o referido juízo de ponderação, para fins de delimitação da ressarcibilidade, ou não, dos danos verificados em razão da lesão e do consequente comprometimento das vantagens extraíveis dos bens ambientais lesados.

1.2 *Responsabilidade civil por danos ambientais, imputação objetiva e ponderação de interesses à luz do princípio da solidariedade*

Tal qual visto, a possibilidade de se imputar um dever de reparação a alguém em razão de danos ambientais, superadas eventuais objeções conceituais que se lhe pudessem opor, insere-se no grupo das situações que compõem a hodierna problemática da responsabilidade civil. Tanto que, em razão disso, cada ordenamento jurídico tendeu a regular o tema por meio da edição de diplomas próprios, não raro fazendo-o de modo associado com outros instrumentos de tutela, nomeadamente de índole administrativa e contra-ordenacional, sem prejuízo de que o tenham feito a partir de uma estrutura muito próxima daquelas contempladas pelas cláusulas gerais que lhe são típicas.

A premissa subjacente a este ponto de partida está no fato de que a simples existência de vida humana é, por si, fonte de alguma forma de degradação ambiental (assim vista em termos alargados), o que bem evidencia a necessidade premente de se compatibilizar atuações que, a par de imprescindíveis, carecem de ser adequadamente dosadas, sob pena de inviabilidade recíproca. Em outras palavras,

¹⁴²³ Não se desconsidera que a mesma lesão pode dar ensejo a tutelas jurídicas de outras naturezas, como administrativa e penal. Nestes casos, e apenas nestes casos, é inquestionável a natureza estatal da intervenção, o que, entretanto, não prejudica, compromete ou impede a tutela civil, por meio da responsabilidade civil, na sua essência jusprivatista.

trata-se de um paradoxo que precisa ser, mesmo que parcialmente, solucionado pela responsabilidade civil: a existência humana é inegável fator de causação de danos ambientais ao mesmo tempo em que se pode converter (a causação), na hipótese de não gerida a contento, em causa de comprometimento da própria vida¹⁴²⁴.

Esta imprescindibilidade de controle das múltiplas possibilidades de danos aliada à inviabilidade de se restringir desproporcionalmente a atuação humana nas suas mais variadas facetas é o cerne do juízo de ponderação que se deve estabelecer em matéria de responsabilidade civil ambiental. Isso porque, ainda independentemente do regime de imputação que venha a ser eleito por cada ordenamento para este fim, não há dúvidas de que o juízo de seleção dos prejuízos ressarcíveis deve ser adequadamente operacionalizado, a fim de que se maximizem os ganhos no que tange à fruição dos bens ambientais e se minimizem os prejuízos decorrentes da sua degradação (tanto *a priori* quanto *a posteriori*).

A primeira referência a ser feita é que a responsabilidade civil, sem prejuízo da sua intuitiva e evidente conexão com a tutela do ambiente, somente opera em termos do que se tem denominado “patologia ambiental”, ou seja, nas situações em que o dano já se tenha consumado¹⁴²⁵. Nesta linha, mesmo que seja inegável o intento preventivo costumeiramente associado aos danos ambientais (e à responsabilidade civil em geral, na sua feição contemporânea) – que se deve, no regime em análise, até mesmo em razão das severas dificuldades de *restitutio in integrum* características dos bens ambientais –, cumpre reconhecer que, neste cenário, não se pode esperar do

¹⁴²⁴ A síntese deste pensamento pode ser encontrada em JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006, 2reimp., p. 32, quando afirma que “[a] violação da natureza e a civilização do homem caminham de mãos dadas”. Ainda sobre o tema, especialmente em razão das suas múltiplas perspectivas possíveis, BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2ed. São Paulo: Editora 34, 2010, pp. 189 e ss.

¹⁴²⁵ LEITÃO, João Menezes. **Instrumentos de direito privado para a proteção do ambiente**. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, v. 4, n. 7, pp. 29-65, jun. 1997, p. 50. Tanto porque a imprescindibilidade do reconhecimento de que o intento preventivo que é ínsito à temática ambiental somente pode ser alcançado de modo parcial por meio da responsabilidade civil, cumprindo a outras disciplinas (em especial a responsabilidade administrativa, por meio do licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras) a ampla promoção deste mister. Neste sentido, CASTRONOVO, Carlo. **La natura del danno ambientale e i criteri di imputazione della responsabilità**. In: NICOTRA, Ida Angela; SALANITO, Ugo (a cura di). *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*. Torino: Giappichelli, 2010, p. 129.

instituto mais do que tem ele condições de oferecer, no caso, a reparação do prejuízo sofrido¹⁴²⁶.

É uniforme o entendimento, nos três sistemas jurídicos em pauta, a vigência do princípio do poluidor-pagador (ou princípio *qui inquinat paga*), nos termos do qual o agente responsável pela produção de degradação/alteração de qualquer bem ambiental subsumível no conceito de dano ambiental, seja por ação ou omissão próprias, seja pelo exercício de atividade ou pela titularidade de determinada condição jurídica¹⁴²⁷ – qualquer delas elegível legalmente como apta a ensejar um juízo de

¹⁴²⁶ O debate não é recente, mas permanece intenso acerca de uma possível descaracterização dos contornos da responsabilidade civil no que tange à tutela do ambiente, diante das dificuldades – e até mesmo das limitações – de uma função reparatória nesta seara. Sobre o tema, DE CUPIS, Adriano. **La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento, o pena?** Rivista di Diritto Civile, Padova, a. 34, n. 4, parte seconda, pp. 401-404, lug./ago 1988; no mesmo sentido, SCOGNAMIGLIO, Claudio. **Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile.** Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, n. 4, sez. 1, pp. 1063-1073, 2013. Entende-se, contudo, que não obstante não seja de todo desprovida de uma função preventiva/punitiva reflexa, o intento da responsabilidade civil em matéria ambiental deve ser, antes de mais, reparador, restituindo a funcionalidade do bem ambiental atingido, tanto quanto possível, cumprindo sejam os ideais de *deterrence* mais diretamente desenvolvidos pelas demais disciplinas chamadas a reforçar esta mesma tutela.

¹⁴²⁷ A este respeito, aliás, é acalorado o debate acerca da responsabilidade (objetiva?) do proprietário pelos danos existentes no imóvel de sua propriedade, independentemente de ter ou não concorrido para a sua causa. Seria, portanto, uma situação de responsabilidade baseada na simples condição de proprietário, no que tange ao denominado passivo ambiental. Neste sentido, relevante é a controvérsia suscitada por BAIONA, Stefania. **Nessuna responsabilità oggettiva al proprietario "incolpevole" per l'abbandono di rifiuti sul fondo di sua proprietà.** Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, v. 74, fasc. 10, pp. 2127-2143, 2009, pp. 2134 e ss., que se opõe ao reconhecimento da responsabilidade objetiva do proprietário por parcela da jurisprudência; igualmente, CORRIERO, Valeria. **La "responsabilità" del proprietario del sito inquinato.** Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, v. 76, fasc. 12, pp. 2440-2460, 2011, pp. 222 e ss. O sistema jurídico brasileiro é o que se encontra mais pacificado acerca deste tema, já que vigente entendimento jurisprudencial consolidado no sentido da responsabilidade objetiva e solidária do proprietário pelos danos causados em bem cujo domínio lhe pertença. Neste sentido, tem-se reconhecido que "independentemente de o proprietário ser, efetivamente, o causador dos estragos, a natureza da obrigação pela reparação do meio ambiente, que é um bem maior, de titularidade de toda a coletividade, é *propter rem*, ou seja, está ligada à propriedade, devendo ser responsabilizado o atual proprietário" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1060669/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em: 19 set. 2017), o que se justifica no fato de que "[a] responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva e solidária, e o fato de ter havido o desmatamento, mesmo que por anteriores proprietários, não escusa a obrigação de instituição da reserva" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1223499. 1ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 13 jun. 2017). Ambas as decisões disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 09 jan. 2018. Sem prejuízo da controvérsia que se poderia estabelecer sobre a real e efetiva natureza *propter rem* da obrigação em causa, parece que o fundamento de uma imputação objetiva nestas situações tende a vir legitimado na relevância do bem jurídico e na imprescindibilidade da sua reparação, o que encontra fundamento direto no princípio da solidariedade, nos moldes do que já se sustentou em outras oportunidades.

imputação –, deve reparar os prejuízos respectivos¹⁴²⁸. A controvérsia reside em identificar a que título será imputável a responsabilidade civil.

Tende a ser consenso na doutrina que, em maior ou menor grau, a responsabilidade objetiva está intimamente ligada à gestão dos danos ambientais¹⁴²⁹, o que se reflete nas mais variadas ordens jurídicas, mesmo que com intensidades diversas, não sendo diferente nos sistemas portugueses¹⁴³⁰, italiano¹⁴³¹ e brasileiro¹⁴³².

¹⁴²⁸ DEGL'INNOCENTI, Francesca. **I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale**. Contratto e Impresa, Padova, a. 29 n. 3, p.741-770, mag./giu. 2013, pp. 744-748; FIALE, Aldo. **Il risarcimento del danno ambientale e il regime delle responsabilità**. Disponível em: <<http://www.giuristiambientali.it/documenti/ICEF1.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2017; ALBERTON, Mariachiara. **Il danno ambientale in un'ottica multilivello**: spunti di riflessione. IANUS: Diritto e finanza. Rivista semestrale di studi giuridici, Siena, a. 1, n. 2, pp. 02-24, 2010, pp. 11-12; MELI, Marisa. **Il principio 'chi inquina paga' nel Codice dell'Ambiente**. In: NICOTRA, Ida Angela; SALANITO, Ugo (a cura di). **Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione**. Torino: Giappichelli, 2010, pp. 69-70; LIMA, Lucas Asfor Rocha. **Responsabilidade civil em matéria de ambiente**: estudo comparado Brasil-Portugal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 102, n. 932, pp. 53-90, jun. 2013, pp. 67-68; LEITÃO, João Menezes. **Instrumentos de direito privado...**, cit., p. 51; dentre outros tantos.

¹⁴²⁹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Causalidade e imputação...**, cit., p. 15, nota 8; CASTRONOVO, Carlo. **La natura del danno ambientale...**, cit., pp. 124-125; DEGL'INNOCENTI, Francesca. **I criteri di imputazione...**, cit., pp. 742-743; TRIMARCHI, Pietro. **Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente**. Milano: Giuffrè, 1994, p. 241; dentre outros tantos.

¹⁴³⁰ Em Portugal, a previsão de uma regra de responsabilidade civil objetiva em matéria de danos ambientais vinha já predisposta no artigo 41, n. 1, Lei de Bases do Ambiente (Lei n. 11/87, de 07 de abril), ainda que de modo limitado (pois condicionada à verificação de duas situações específicas), quando dispunha que “[e]xiste obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável”. A Lei n. 19/2014, de 14 de abril, ao revogar o diploma precitado e instituir as novas bases da política de proteção do ambiente, silenciou acerca do tema, que se pressupunha haveria de ser regulado pelo Decreto-lei n. 147/2008, de 29 de julho, que transpôs à ordem jurídica portuguesa da Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Ocorre que o referido ato normativo fê-lo de modo um tanto eclético (quicá assistemático), pois regulou apenas a responsabilidade civil por danos individuais causados aos particulares em decorrência da lesão de bens ambientais (o que, aliás, não fora feito pela norma comunitária), centrando a suas atenções na responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais (agora numa perspectiva coletiva *lato sensu*, mas fora do âmbito do direito civil). Assim é que, atualmente, vigora em Portugal regra de responsabilidade civil objetiva para os danos ambientais de feição individual, consoante disposto no artigo 7º do antes referido Decreto-lei n. 147/2008, segundo o qual “[q]uem, em virtude do exercício de uma atividade económica enumerada no anexo III ao presente decreto lei, que dele faz parte integrante, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo”, ao passo em que, relativamente aos danos ambientais de feição difusa, permaneceria aplicável a regra do artigo 23 da Lei n. 83/95, de 31 de agosto (Lei da Acção Popular), nos termos da qual “[e]xiste ainda a obrigação de indemnização por danos independentemente de culpa sempre que de acções ou omissões do agente tenha resultado ofensa de direitos ou interesses protegidos nos termos da presente lei e no âmbito ou na sequência de actividade objectivamente perigosa”. Em suma, mesmo diante de uma realidade normativa craquelê, é possível afirmar que ambas as situações (individuais e coletivas) contam com hipóteses de responsabilidade civil objetiva, mesmo que limitadas (aquelas, às atividades taxativamente predispostas e, estas, às atividades objetivamente perigosas). Neste particular e tendo em conta dito cenário legislativo antes referido, não

se está de acordo com LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Responsabilidade civil...**, cit., p. 38, quando refere que a norma de transposição da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho representou “grande avanço em relação à responsabilidade civil ambiental” no sistema jurídico português; e isso não apenas porque tratou de regular concomitantemente disciplinas autônomas (quando a própria norma comunitária não o fez) e, inclusive, com objetivos não coincidentes (responsabilidade civil individual, de cunho ressarcitório, e responsabilidade administrativa coletiva, de cunho preventivo/reparatório), mas também porque deixou de regular na sua inteireza o instituto da responsabilidade civil na sua interface com a proteção ambiental, deixando os danos coletivos sujeitos, ainda, à disciplina da Lei da Acção Popular. Em sentido diverso rumou, por exemplo, o legislador francês, reconhecendo, na reforma legislativa de 2016 promovida no *Code*, a indenizabilidade dos danos ambientais na sua dimensão coletiva; sobre o tema, BARBOSA, Mafalda Miranda. **A reforma francesa da responsabilidade civil** – Breves considerações em sede extracontratual. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona, Porto, n. 11, 2018, pp. 23 e ss.

¹⁴³¹ Contrariamente do que sucedera em Portugal, o legislador italiano, ao efetivar a transposição da Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, o que foi feito por intermédio da edição do Decreto Legislativo n. 152/2006, ateve-se preponderantemente à disciplina da responsabilidade administrativa prevista no direito comunitário e a sua correlação com o princípio da precaução. Tal se infere do fato de as ações tendentes à promoção da prevenção e da reparação do dano ambiental de matriz coletiva (equivalente à até então empregada noção de dano ecológico) serem atribuídas ao Ministério do Ambiente, fazendo com que a disciplina extraível da maior parte dos dispositivos (especialmente artigos 300, 301, 304 e 305) do aludido Diploma tenham natureza de direito público; sobre o tema, CASTRONOVO, Carlo. **La natura del danno...**, cit., p. 125. Com a mesma opinião, referindo um “scivolamento pubblicistico incompatibile con la figura risarcitoria che il legislatore aveva inteso, a quanto sembra, disciplinare”, SCOGNAMIGLIO, Claudio. **Danno ambientale...**, cit., pp. 1070-1071. O artigo 311, n. 2, contudo, parece conter a principal regra de responsabilidade civil, mencionando que “[q]uando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5 alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato 3 alla medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa. Solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguirne la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti”. Independentemente do viés publicista ou privatista da responsabilidade, aqui cumpre assinalar, nos moldes do que ocorre em Portugal, uma oscilação entre a imputação objetiva excepcional (para as atividades consideradas perigosas e, por isso, expressamente indicadas) e a imputação subjetiva subsidiária (com a exigência da prova de dolo ou culpa). Com esta mesma impressão, DEGL'INNOCENTI, Francesca. **I criteri di imputazione...**, cit., pp. 759-760. E, por fim, nada impede que se reconheça, em paralelo, o que se tem denominado “dano mediato dos sujeitos privados”, os quais também ensejarão pretensão ressarcitória legítima, desde que atendidos os pressupostos gerais da responsabilidade civil (tanto por força da disciplina do artigo 2.043, quando do artigo 2.050, ambos do Código Civil italiano); assim, CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**, cit., pp. 759-764; VISINTINI, Giovanna. **Cos'è...**, cit., p. 216. A centralidade do conceito de *danno ingiusto* é tamanha no sistema jurídico italiano que, mesmo nas situações regidas por lei especial – no caso, o Decreto Legislativo n. 152/2006 –, a doutrina tende a apontar a invocação principiológica do artigo 2.043 do *Codice Civile* que, na espécie, é feita com fundamento dos artigos 242 e 311 daquele diploma; neste sentido, LEONARDI, Roberto. **La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati**: dal criterio soggettivo del ‘chi inquina paga’ al criterio oggettivo del ‘chi è proprietario paga’? Rivista Giuridica dell’Edilizia, Milano, a. LVII, fasc. 1, 2015, p. 06.

¹⁴³² Dos três sistemas jurídicos sob comparação, o brasileiro foi aquele que se revelou mais sucinto na regulação do tema, não obstante o tenha feito em termos bastante alargados, convergindo integralmente para a responsabilidade objetiva, sem ressalvas. Assim é que, ao dispor no artigo 14, parágrafo 1º, da Lei Federal n. 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, que “é o

A justificativa inicial para tanto surge associada às dificuldades inerentes à demonstração da culpa nas situações em que constatados danos ambientais, porquanto, no mais das vezes, decorrentes de complexos processos tecnológicos, produtivos e distributivos, e à impossibilidade de se aceitar que o fato de se constituir em uma causação, em tese, anônima possa ser fator de irresponsabilidade¹⁴³³.

O debate hodierno, contudo, mais do que afeto à dificuldade da prova da culpa (que estatisticamente é notória, deve-se reconhecer) tende a centrar-se na relevância do bem jurídico¹⁴³⁴, especialmente tendo em vista a sua fruição coletiva e a sua imprescindibilidade ao pleno desenvolvimento da personalidade dos sujeitos em si considerados. Daí a necessidade de se empreender o máximo esforço na tentativa de restauração natural das condições comprometidas pela degradação, tudo tendente a preservar a qualidade de vida dela extraível.

Ou seja, tal qual asseverado, a própria ideia de responsabilidade ambiental conjuga-se muito proximamente à responsabilidade civil objetiva, que se converte em instrumento efetivo de tutela da manutenção da qualidade de vida extraível de um ambiente ecologicamente equilibrado e, por conseguinte, necessário à própria preservação da vida e do livre desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um. Mais do que um juízo de ponderação de interesses em abstrato, que se materializa na opção por um regime agravado de responsabilidade, a diversidade

poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, estabeleceu uma típica cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, o que permitiu à jurisprudência reconhecer, de modo amplo, que “a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1596081/PR. 2ª Seção. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas. Julgado em: 25 out. 2017; Recurso Especial n. 1374284/MG. 2ª Seção. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 27 ago. 2014; Recurso Especial n. 1114398/PR. 2ª Seção. Rel. Min. Sidney Beneti. Julgado em: 08 fev. 2012; dentre outros. Todos disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 05 dez. 2017). Note-se que não há qualquer limitação a atividades específicas ou condicionamento a que sejam perigosas, ocupacionais ou econômicas, sequer se exigindo prova ou mesmo indício de que sejam especialmente arriscadas, de modo a permitir a aplicação da norma a qualquer situação, individual ou coletiva, que implique em dano ambiental em sentido amplo.

¹⁴³³ DEGL’INNOCENTI, Francesca. *I criteri di imputazione...*, cit., p. 742.

¹⁴³⁴ Ainda na defesa da responsabilidade objetiva, é de se ponderar que, contrariamente a outras hipóteses de dano, é notório o seu caráter unilateral, pois depende preponderantemente do nível de atividade dos potenciais lesantes, pouco podendo contribuir, inclusive para fins de se evitar o prejuízo, os possíveis lesados que, em tese, são coletividades mais ou menos alargadas, diante da natureza difusa do interesse respetivo. Assim, TRIMARCHI, Pietro. *Per una riforma...*, cit., p. 241.

relacionada à amplitude do uso da imputação objetiva, em última análise, reflete também um elemento cultural importante, que não pode ser desconsiderado.

Nesta linha, dois modelos são possíveis: um primeiro, mais articulado do ponto de vista da imputação, tendente, por isso, a ser mais restritivo, nos moldes do que se verifica no cenário jurídico europeu (com uma regra restrita prevendo a imputação objetiva, normalmente associada a atividades de risco previstas em *numerus clausus*, conjugada com outra, mais ampla, supletiva, assente na culpa para os demais casos); e um segundo, mais aberto (porém mais abrangente), que, ao invés de estabelecer situações específicas submetidas à responsabilidade objetiva, contempla uma cláusula geral de imputação desta natureza, que será concretizada a partir da sua aplicação ao caso concreto, com maior margem à ponderação *a posteriori*, nos moldes do que sucede no sistema jurídico brasileiro.

O ponto de partida de ambos, de igual sorte, é diverso. Ao passo em que aquele, que se aproxima da ideia de risco ou perigo da atividade, tende a considerar, para fins de imputação, a origem do dano, este (mais abrangente) tende a considerar o próprio prejuízo e a sua relevância jurídica como fator preponderante para o estabelecimento das diretrizes da reparabilidade, fazendo com que ditas valorações integrem-se ao suporte fático da norma de imputação por meio da verificação da lesão do bem jurídico, das suas consequências, da sua relevância e da maior ou menor imprescindibilidade de que seja restituído, tanto quanto possível (*in natura* ou por equivalente), ao estado inicial de funcionalidade. Dito de outro modo, enquanto o modelo mais largamente adotado nos sistemas jurídicos europeus tende a partir da fonte do dano como fator de atribuição¹⁴³⁵, o modelo brasileiro parte do dano e da sua relevância jurídica.

¹⁴³⁵ Deve-se aqui reconhecer que tal cenário é, em grande escala, fruto da interferência do direito comunitário na regulação dos países-membros. E, para tanto, especificamente no que tange à responsabilidade civil, não há como se deixar de ponderar a sempre presente tensão que se estabelece na eleição de soluções harmonizadoras, o que se deve não apenas às diversidades advindas do confronto (já em muito mitigado) entre *Common Law* e *Civil Law*, mas, mais do que isso, à própria diversidade de modelos presente no direito continental, no qual se contrapõem as tradições de regulação mais aberta, por meio de cláusulas gerais (na linha do regramento francês e das suas derivações), às mais estreitas, próximas da tipicidade, mesmo que não estrita (na linha do regramento alemão).

Deve-se aqui consignar, contudo, que a preponderância da ponderação a partir da relevância do bem jurídico lesado e do prejuízo correspondente e não da fonte da qual provém o dano passa a ser uma realidade viva nas mais recentes tendências de tratamento do tema, o que representa, na exata medida, o reposicionamento pretendido para a responsabilidade civil. Assim, por exemplo, indicam as diretrizes constantes nos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, nomeadamente quando, ao tratarem da delimitação da ideia de dano ressarcível, conjugam a extensão da proteção com a relevância do bem jurídico atingido, bem como preveem que a extensão da proteção poderá estar intimamente associada (sendo, por isso, mais ou menos intensa) em razão da natureza da responsabilidade a ela associada¹⁴³⁶.

Em outras palavras, no que tange à responsabilidade civil em razão de danos ambientais (nomeadamente na sua feição coletiva *lato sensu*), é notória a extrema relevância do bem jurídico respectivo, pois associado aos interesses imateriais da pessoa na sua singularidade e na sua vida de relação, o que deve ser diretamente proporcional à intensidade da proteção a ele conferida. E, neste particular, a extensão na tutela que se viabiliza por meio do dever de indenizar deve levar em conta, em nome do interesse público, a natureza da responsabilidade, com uma preponderância à imputação objetiva, independentemente de o prejuízo estar ou não associado a uma atividade perigosa, pois, em última análise, o que se deseja é que estes danos, quando caracterizados, não fiquem desprovidos de reparação.

¹⁴³⁶ No item (1) do artigo 2:101 dos aludidos Princípios, tal qual já mencionado em outras oportunidades, consta textualmente que “[a] extensão da proteção de um interesse depende da sua natureza; quanto mais valioso e mais precisa a sua definição e notoriedade, mais ampla será a sua proteção”, o que vem complementado pelo número (5) do mesmo preceito quando dispõe que “[a] extensão da proteção poderá também ser afetada pela natureza da responsabilidade, de forma que um interesse possa ser mais intensamente protegido face a lesões intencionais do que em outros casos”; texto integral disponível em: <civil.udg.edu/php/biblioteca/items/295/PETLPortuguese.doc>. Acesso em: 23 dez. 2017. O último comando, no caso da responsabilidade civil ambiental, merece ser interpretado a partir de outro prisma, mas também tendo em vista a natureza da imputação: deste caso, estaria autorizado o estabelecimento de um regime mais agravado, não com base no dolo do lesante, mas diante da inquestionável relevância do bem jurídico ambiental ao pleno desenvolvimento da personalidade dos sujeitos impactados pela lesão e, por conseguinte, pelo prejuízo correspondente. Sobre o tema, mesmo que partindo de uma visão geral, não obstante focada no que denomina “sistema flexível” adotado pelos PETL, especialmente tendo em conta a sua relevância para a proposição ora em exame, ver MARTÍN-CASALS, MIQUEL. **Os “Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil” (PETL) no início de uma segunda década.** Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n. 12, pp. 359-389, jul./set. 2017.

E, neste particular, não se pretende com isso propor a substituição de uma disciplina baseada na ideia genuína de responsabilidade civil por um assim dito direito de danos. Entende-se que o instituto da responsabilidade civil está incondicionalmente associado à ideia da imputação dos ônus correspondentes a um prejuízo, pois o que interessa de modo precíprio é a atribuição de responsabilidade pela reparação de um dano (mantendo-se, por isso, a noção de responsabilidade em sentido alargado)¹⁴³⁷; ocorre que se tem como preferível que a construção do vínculo obrigacional respectivo dê-se a partir de uma especial consideração do dano juridicamente relevante e da sua gestão (e do lesado, por conseguinte) e não da fonte da qual provém (do lesante, em última análise).

Nestes termos – não obstante ainda não de forma ampla – está-se a sustentar que o agravamento da imputação tende a se legitimar não propriamente nos riscos inerentes à atividade em si, mas na imprescindibilidade de se promover a reparação do dano como forma de se manterem as características originais necessárias à fruição coletiva do bem jurídico respectivo, na linha do modelo ora proposto. Em verdade, sequer parece que seja oportuno condicionar a imputação agravada à especial existência de um risco ou mesmo de um perigo, porquanto haverá situações em que os danos podem ser severos mesmo à vista de uma situação de baixo risco (e vice-versa).

Tal se mostra inapropriado e, quiçá, deveras dificultoso, em se partindo de um regime fragmentado e fracionário de responsabilidade civil objetiva, nos moldes ainda vigentes, ao menos na ideiação preponderante na concepção cultivada por grande parte dos seus aplicadores. Todavia, partindo-se de um regime geral de imputação, nos moldes em que proposto, parece que a existência de uma *fattispecie* mais ampliada de responsabilidade objetiva em matéria ambiental, que se concretize por meio dos seus pressupostos essenciais (na sua versão ressystematizada), afigura-se não apenas preferível, mas mesmo recomendável, fazendo com que a sua aplicação

¹⁴³⁷ Como bem pondera SACCO, Rodolfo. **Che cos'è il diritto comparato**, cit., p. 278, a função primordial da responsabilidade civil está em ripristinar a estado (económico ou mesmo psicológico) existente caso não tivesse sucedido a violação da qual provém, partindo-se, neste aspecto, de um prisma centrado no lesado; o fato de subtrair as vantagens decorrentes desta violação – a partir, portanto, de um prisma centrado no lesante – constitui-se em efeito reflexo que tende a desencorajar, mesmo que indiretamente, a violação, o que lhe viabiliza contribuir para uma vida social pacífica e ordenada.

em concreto, por meio da estrutura dogmática que lhe é atribuída – com pressupostos que, pela sua carga normativa, convertem-se em filtros eficientes –, faça as vezes de instrumento de seleção dos danos dignos de ressarcimento.

Analisar como tal se processa por intermédio dos conceitos de dano ambiental (em sentido normativo) e de causalidade (com viés preponderantemente jurídico), é tarefa que se impõe para fins de demonstração final da sistematização que se está a propor.

2 A estrutura da responsabilidade civil ambiental como meio de concretização da utilidade de um regime geral de imputação objetiva

Tal qual veio proposto ao longo do presente estudo, o regime geral de responsabilidade civil objetiva delineado tem por fim permitir uma adequada concretização da tutela dos bens jurídicos a ele submetidos, o que se dá, à luz do princípio da solidariedade, através de um juízo de ponderação entre interesses contrapostos. E o instrumental para tanto se materializa nos seus pressupostos essenciais, no caso, o dano juridicamente relevante e a causalidade normativa a ele associada que, por isso, convertem-se em eficientes filtros de demarcação do alcance (qualitativo e quantitativo) do dever de reparar.

Neste prisma, cumpre reconhecer – tal qual sucede no regime geral ora proposto – uma dúplici função para os pressupostos em causa. De um lado e num primeiro momento, permitem a ampliação da responsabilidade civil ambiental (bem como das demais situações a ele submetidas), na medida em que vêm associados a um regime de imputação objetiva e comportam, de algum modo, a sua flexibilização do ponto de vista da constatação da sua ocorrência, especialmente em matéria de causalidade¹⁴³⁸; de outro e num segundo momento, possibilitam uma melhor aferição

¹⁴³⁸ Consoante refere DEGL'INNOCENTI, Francesca. **I criteri di imputazione...**, cit., p. 742, é típico dos danos assim ditos “senza autore” – cuja manifestação se verifica de maneira nítida na responsabilidade

das situações em que efetivamente se justifica a imposição de uma obrigação indenizatória, na medida em que assumem um conteúdo precipuamente normativo, que se concretiza por meio da modulação corretiva dos conceitos de dano juridicamente relevante e de causalidade jurídica.

Assim é que o regime geral proposto, aqui concretizado na responsabilidade civil ambiental, a par de uma ampliação inicial decorrente de um desejável alargamento do campo de atuação da imputação objetiva (por meio de cláusula geral), permite uma ponderação eficiente por intermédio da requalificação jurídica dos pressupostos que lhe são essenciais, nos termos do juízo de ponderação que lhe é típico, garantindo reparabilidade apenas às situações em que efetivamente se mostre justificável, a partir de um processo de análise estritamente normativo.

Cumprida, desta feita, a análise de como tal se processa, tendo em conta o modelo paradigmático proposto, o que se dará por meio dos conceitos de dano ambiental e de causalidade em matéria de responsabilidade civil ambiental.

2.1 O conceito normativo de dano ambiental e a operacionalização do regime geral de responsabilidade civil objetiva a ele associado

A demarcação dos contornos do conceito de dano ambiental é essencial à verificação da forma como se operacionaliza o regime geral ora em experimentação e a ele associado. E, neste particular, nos moldes do que sucede com o estabelecimento das *fattispecie* de imputação, dois cenários são possíveis: um primeiro, no qual, não obstante o sistema positivo contenha elementos que induzam na sua demarcação, não

civil ambiental –, invariavelmente associados a um fenómeno de massificação das intervenções não consentidas por meio da lesão a interesses jurídicos dignos de tutela, a introdução de regras de responsabilidade objetiva e, em paralelo, modelos que favoreçam a prova do prejuízo da sua origem, as quais se encontram, por isso, associadas de modo íntimo ao pressuposto do dano e do nexo de causalidade.

há um conceito legal propriamente dito¹⁴³⁹; e um segundo, no qual a própria lei trata de definir no que consiste dano ambiental¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁹ Esta é a realidade normativa vigente no sistema brasileiro, no qual, a par da existência de conceitos jurídicos relevantes a este fim – dentre eles os de degradação da qualidade ambiental, assim entendida como “a alteração adversa das características do meio ambiente”, e de poluição, assim posta enquanto “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”, tudo nos termos do disposto, respectivamente, nos incisos II e III do artigo 3º da Lei Federal n. 6.938/81 – não há uma definição propriamente dita de dano ambiental. Esta tarefa, por isso, tem sido relegada à doutrina. Nestes termos, dano ambiental tem sido definido como “a lesão aos recursos ambientais, com consequente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”; assim, MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: A gestão ambiental em foco. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 119. No mesmo sentido, LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 104, quando refere que “o dano ambiental deve ser compreendido como toda a lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio-ambiente, diretamente, como macrobem do interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem”. É de se assinalar que a última definição proposta, na linha do que se tem sustentado até aqui, não obstante peque pelo fato de deixar de aludir à supressão de uma vantagem tutelada pelo direito (refere apenas a violação da qual decorre), contém elementos de extrema relevância, não apenas quando atenta para as possíveis dimensões do dano ambiental (coletivo e individual), mas, mais do que isso, quando destaca que a lesão ao bem jurídico deve ser “intolerável”, trazendo, assim, a imprescindível referência ao fato de que o dano deverá ser juridicamente relevante, ou seja, normativamente ilegítimo ou injusto.

¹⁴⁴⁰ Ainda que expressamente previstos em lei, tais conceitos podem ser gerais ou específicos. No sistema jurídico italiano, uma vez mais por fora da transposição da Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, o artigo 300 do Decreto Legislativo n. 152/2006 estatui expressamente que “[è] danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima”. Já em Portugal o conceito legal é extenso e muitíssimo articulado; neste sentido, traz o artigo 11, alínea (e), n. 1, do Decreto-Lei n. 147/2008, de 29 de Julho, definições complementares de dano ambiental, tomando em conta, cada uma, os específicos bens ambientais tutelados, a saber: (I) *Danos causados às espécies e habitats naturais protegidos*, assim definidos como “quaisquer danos com efeitos significativos adversos para a consecução ou a manutenção do estado de conservação favorável desses habitats ou espécies, cuja avaliação tem que ter por base o estado inicial, nos termos dos critérios constantes no anexo IV ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, com excepção dos efeitos adversos previamente identificados que resultem de um acto de um operador expressamente autorizado pelas autoridades competentes, nos termos da legislação aplicável”; (II) *Danos causados à água*, assim postos como “quaisquer danos que afetem adversa e significativamente: - O estado ecológico ou o estado químico das águas de superfície, o potencial ecológico ou o estado químico das massas de água artificiais ou fortemente modificadas, ou o estado quantitativo ou o estado químico das águas subterrâneas, nos termos da Lei da Água aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, na sua redação atual; - O estado ambiental das águas marinhas, conforme a definição constante do Decreto-Lei n.º 108/2010, de 13 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n. 201/2012, de 27 de agosto, e 136/2013, de 7 de outubro, na medida em que os aspetos do estado ambiental do meio marinho não estejam já cobertos pela Lei da Água ou legislação complementar”; e (III) *Danos causados ao solo*, assim estabelecidos enquanto “qualquer contaminação do solo que crie um risco significativo para a saúde humana devido à introdução, directa ou indirecta, no solo ou à sua superfície, de substâncias, preparações, organismos ou microrganismos”. Não há dúvidas de que, contrariamente com o que sucede com a regulação italiana, que se apresenta mais servível à responsabilidade civil, os termos do disposto no ato normativo português estão inegavelmente

Sem prejuízo da aparente diversidade, a linha de abordagem é convergente em ambos os cenários. Isso porque, definindo ou não a lei no que consiste o dano ambiental, os seus contornos serão sempre largos, diante da amplitude dos bens jurídicos e dos interesses respectivos, de modo que praticamente ineficientes por si mesmos a delimitar a sua real extensão. Daí porque a atuação do intérprete será imprescindível à identificação do que se espera reparar por meio da responsabilidade civil ambiental.

Alguns elementos, contudo, são comuns e estão associados à intransponível premissa já posta, nos termos da qual a simples existência humana basta a promover alguma forma de degradação do ambiente, alterando *in pejus* os respectivos bens jurídicos. Imprescindível, por conseguinte, diferenciar de modo satisfatório as hipóteses que são toleráveis daquelas que, pelas suas características normativas, ensejarão um dever de reparar.

Neste exato particular é que o cerne da tese delineada até aqui ganha extrema relevância. Partindo do pressuposto que se está diante de um regime de imputação objetiva – permita-se, aqui, abstrair as regras de responsabilidade civil assentes na culpa, vigentes nos sistemas jurídicos português e italiano, quanto mais porque se entende que a imputação objetiva mereceria ser melhor utilizada nesta espécie de danos –, poder-se-ia afirmar que, diante de uma visão simplista do instituto, em havendo o menoscabo do bem ambiental e havendo relação de causa e efeito com o fator de atribuição, seria suficiente a se imputar um dever de indenizar¹⁴⁴¹.

associados à responsabilidade administrativa decorrente do dano ambiental, o que justifica os pormenores nela postos.

¹⁴⁴¹ Note-se que é necessário não apenas a violação do interesse associado ao bem jurídico, mas, além disso, um efetivo comprometimento das funções ambientais a ele associadas. Neste sentido, POZZO, Barbara. **Il danno ambientale**. Milano: Giuffrè, 1998, p. 54. No mesmo sentido tem decidido a jurisprudência, consoante se infere em julgado proferido pela Corte de Cassação italiana, no qual ficou assentado que, para o atendimento do conceito de dano ambiental imprescindível ao surgimento do dever de reparar, “non basta la violazione puramente formale della normativa in materia di inquinamento”, sendo imprescindível a demonstração do comprometimento da funcionalidade do bem jurídico, consubstanciado “nell’alterazione, deterioramento, distruzione, in tutto o in parte, dell’ambiente”; assim: ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza n. 9211, di 01 set. 1995. Disponível em: <[https://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile,_sez._i_del_1995_numero_9211_\(01\\$09\\$1995\).aspx](https://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile,_sez._i_del_1995_numero_9211_(01$09$1995).aspx)>. Acesso em: 04 jan. 2018).

Ocorre que tal conclusão não é aquela que se afigura desejável.

Daí a necessidade de que se compreenda que haverá intervenções que, mesmo implicando violação de interesses ambientais juridicamente protegidos, são consentidas pelo ordenamento jurídico, tanto por expressa disposição legal, quanto por meio de autorizações administrativas de ordem variada que permitam a intervenção legítima no ambiente. Nestes casos, não obstante haja dano em sentido naturalístico – pois presente não apenas a violação do interesse, como também o menoscabo do bem jurídico respectivo, inclusive com alguma parcela de perda das utilidades dele decorrentes –, ele não é juridicamente relevante, na medida em que decorrente do regular exercício de um direito (em sentido amplo) conferido ao, em tese, lesante, para que assim o proceda.

A fim de que se compreenda do que se está a falar, basta que se tome, uma vez mais, um exemplo singelo. Partindo-se de uma indústria em funcionamento que, no seu processo produtivo, lança gases no ambiente¹⁴⁴², deve-se ter em vista que não há como se levar a efeito tal atividade sem algum índice de emissões atmosféricas, as quais, especialmente se associadas a outras, podem produzir poluição ambiental e, por conseguinte, dano em sentido naturalístico. Ocorre que o ato de autorização desta empresa leva em conta parâmetros permitidos de emissão, os quais, se observados, estão dentro da margem consentida para a interferência no bem ambiental respectivo. Nesta linha, somente haverá dano em sentido jurídico quando estas emissões ultrapassarem os padrões estabelecidos, porquanto, neste caso, estar-se-á indo além da tolerabilidade admitida para o exercício da atividade.

Retoma-se, neste ponto, a premissa antes posta no sentido de que a simples existência humana basta a promover alterações desfavoráveis no ambiente. Assim, para que haja dano juridicamente relevante e, por conseguinte, dever de indenizar – mesmo que (e especialmente) se tal ocorra no âmbito de um regime de responsabilidade civil objetiva –, é necessário que a fonte da qual provém não esteja

¹⁴⁴² Mesmo que sejam gases não tóxicos por natureza, mas cumulativamente poluentes, como no caso do monóxido/dióxido de carbono, associado à queima de combustíveis fósseis.

legitimada (ou seja, possa ser dita *non iure*) e que a interferência decorra da violação de um interesse protegido (ou seja, possa ser dita *contra ius*).

Neste particular, cumpre reconhecer uma vez mais – agora em concreto – que a ideia de ilicitude, na sua feição tradicional, também não é suficiente para a solução do problema, justo porque pressupõe a conjugação da ideia de desvalor da ação (que está legitimada) e do resultado (que, em função disso, também se afigura permitido), inexistindo, nesta hipótese, portanto, dever de indenizar – sem prejuízo de eventuais condicionantes de cunho administrativo impostas à atuação em causa.

Em outras palavras, não é qualquer lesão a interesse juridicamente associado aos bens ambientais, mesmo em razão da sua diminuição ou da sua alteração, que enseja o dever de reparar; não é a mera existência de liame causal entre ação, omissão, atividade ou condição jurídica que fará surgir o vínculo obrigacional indenizatório. Será imprescindível, para este fim, verificar em que circunstâncias o dano (em sentido naturalístico) ocorre para o fim de concluir se ele será ou não juridicamente relevante a partir de um conceito normativo que, não obstante esteja posto de antemão, somente será concretizável na sua plenitude quando do exame do caso concreto.

E, neste particular, não basta, como recomendam alguns conceitos de dano ambiental, a imprescindibilidade de que, para que assim seja considerado do ponto de vista técnico, esteja associado a um significativo efeito negativo em relação a um dado estado de conservação¹⁴⁴³. Mais do que a extensão do impacto (que, por vezes, poderá até ser pequena), deve-se ter presente que o dado é predominantemente normativo e não fenomênico, no sentido de identificar se há ilegitimidade – ou injustiça, para usar uma expressão que, a par da sua controvérsia, tornou-se escorreita em razão da praxe italiana – na sua causação.

Tem-se que será imprescindível, assim, para que a responsabilidade civil em matéria ambiental – especialmente se de tipo objetivo e predisposta em cláusula geral – seja adequadamente operacionalizada, verificar se o dano respectivo, entendido como a degradação do bem ambiental apta a comprometer as utilidades

¹⁴⁴³ SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Danno ambientale...*, cit., pp. 1066-1067.

dele extraíveis, pode ser qualificado como *contra ius* e *non iure*, ou seja, se decorrente da efetiva violação de um interesse juridicamente protegido (na esfera da vítima) e se não está legitimado em razão de uma condição justificativa titulada pelo lesante.

Permite-se, com isso, uma aferição dúplice que se constrói tendo em conta o juízo de ponderação baseado no princípio da solidariedade ínsito à responsabilidade civil objetiva, o qual pondera os interesses do lesado (em razão da aferição da sua faceta *contra ius*) e os interesses do lesante (em decorrência da verificação da sua faceta *non iure*), conciliando atuações igualmente legítimas, mas que precisam ser equalizadas de modo ponderado.

Pretende-se, assim, por meio da aferição em concreto de um regime específico – no caso, o relacionado à responsabilidade civil ambiental – demonstrar que a imputação objetiva pressupõe a sua concretização por intermédio não apenas de uma previsão legal de dispensa da culpa, mas também por meio de um conceito de dano juridicamente relevante que leve em conta o contraponto imprescindível entre os interesses do lesante (*non iure*) e do lesado (*contra ius*) típicos do juízo de ponderação que se materializa na aplicação do princípio da solidariedade.

E todo este processo se completa, como se passa a expor, por meio da adequada operacionalização do conceito de causalidade jurídica, também de grande relevância ao regime geral de responsabilidade civil objetiva proposto e vivamente identificável na imputação associada aos danos ambientais.

2.2 *A noção jurídica de causalidade em matéria ambiental e a efetivação do regime geral de responsabilidade civil objetiva correspondente*

A forma como se operacionaliza o regime de imputação atinente à responsabilidade ambiental foi, quiçá, uma das mais tormentosas à aferição do requisito do nexo de causalidade, ensejando, por isso, intensa controvérsia nos referenciais teóricos da dogmática tradicional sobre o tema.

É, portanto, terreno fértil à demonstração da tese até aqui delineada, não apenas no que tange à imprescindibilidade de um conteúdo especialmente normativo para o pressuposto em causa – o que tem capacidade para resolver uma série de dificuldades em matéria ambiental –, como também da sua predisposição a promover ajustes no âmbito de incidência do juízo de responsabilidade civil em questão, por intermédio da adequada delimitação dos danos ressarcíveis.

Tais constatações decorrem da forma como se desenvolve o processo causal em razão das mais variadas ações, omissões ou atividades aptas a causarem degradação ao ambiente assim subsumível no conceito igualmente normativo de dano ambiental. Isso porque ditas fontes causadoras de prejuízos, tendo em conta os bens jurídicos respectivos, tanto podem ser simples como complexas, inclusive com a concorrência de fatores variados (multicausalidade), fazendo com que seja imprescindível um conceito dúctil e, ao mesmo tempo, bem estruturado do ponto de vista normativo acerca do nexo causal.

Neste exato ponto, a doutrina começa a atentar para o fato de que, no âmbito de aplicação da responsabilidade civil associada aos danos ambientais, a aferição do nexo de causalidade somente poderá ser operacionalizada de modo adequado a partir de uma atenta análise do escopo de proteção da norma ambiental violada. Assim que, considerando a avaliação do intento buscado por meio da tutela concedida a determinado bem ambiental e o menoscabo por ele sofrido em razão do fato imputável ao sujeito que se pretende responsável, somente será possível verificar se existe relação causal entre o prejuízo e o fator de atribuição predisposto na lei a partir de um cotejo relativamente ao fim buscado com aquela proteção¹⁴⁴⁴.

Dito de outro modo, a aferição do âmbito de proteção da norma de salvaguarda dos bens ambientais especificamente atingidos é que demonstrará a

¹⁴⁴⁴ SCOGNAMIGLIO, Claudio. **Danno ambientale...**, cit., pp. 1072-1073. O autor faz especial invocação à importância da teoria do escopo da norma violada para fins de aferição da ressarcibilidade dos prejuízos individuais sofridos em razão do fato produtivo do dano ambiental de natureza coletiva. Ou seja, o bem jurídico e o correlato interesse têm dimensão supraindividual, de modo que as externalidades negativas de ordem individual somente serão reparáveis se estiverem situadas dentro do âmbito de proteção da norma ambiental violada pela degradação. O mesmo ocorre em outras áreas de especial relevância, tal qual sucede, por exemplo, com os acidentes do trabalho; assim, sustentando a aplicação da teoria do escopo da norma em tais situações, LEITÃO, Luis Menezes. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil por acidentes de trabalho**. Revista de Direito da Responsabilidade, Coimbra, a. 2, 2020, pp. 13-14.

extensão do dano a ser reparado, pois somente aqueles que forem por ela abrangidos no seu escopo de tutela poderão ser considerados no curso causal aferido entre a atuação do agente e o prejuízo invocado.

Uma situação concreta julgada pela jurisprudência brasileira bem pode demonstrar como tal se processa, tendo em vista as premissas ressystematizadas precedentemente no que tange ao conceito normativo de nexo causal.

Para tanto, pode-se tomar em conta um lançamento de efluentes realizado em corpo hídrico localizado em uma dada região, a qual também não conta com tratamento adequado de esgoto doméstico, fazendo com que o seu produto também convirja para o mesmo destino. Ou seja, o rio recebe os efluentes industriais, mas também o esgoto não tratado de uma população bem determinada. Assim que, em um período de menor vazão hídrica (com menos chuvas e, por isso, com menor volume de água e menor capacidade de autorregeneração), foi constatada uma grande mortandade de peixes em razão da diminuição da oxigenação da água, pelo que foi necessário estabelecer a responsabilidade pela reparação dos prejuízos correspondentes.

Diante desta situação e constatado que determinada empresa também lançava efluentes contrariando as normas para tanto (havia, portanto, dano na sua feição normativa), os quais se somavam ao esgoto doméstico, entendeu-se que os danos ambientais individuais reclamados pelos pescadores que restaram privados de exercer o seu ofício na altura não seriam indenizáveis, já que não estava comprovado que os efluentes industriais tinham preponderância determinante causalmente para impedir a pesca durante o período apontado¹⁴⁴⁵; e isso sem prejuízo de que se pudesse

¹⁴⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70059238600. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em 29 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 04. Jan. 2018. Assim conta no sumário/ementa do julgamento: Responsabilidade civil. Desastre ambiental no Rio dos Sinos. Mortandade de peixes. Ausência de nexo causal. Verificado nos autos que a conduta das rés não foi a causa determinante para a impossibilidade de a autora exercer sua atividade de pescadora profissional no Rio dos Sinos, resta afastado o dever de indenizar daquelas, diante da ausência de nexo causal entre a conduta das requeridas e os supostos danos descritos na exordial. Hipótese em que a atividade de pesca no Rio dos Sinos já se mostrava inviável antes mesmo da ocorrência do desastre ambiental. Improcedência da demanda que se impõe. Sentença reformada. Precedentes desta Corte. Apelação da ré provida. Apelação da autora desprovida.

Na espécie, cumpre consignar que a mortandade dos peixes decorreu da falta de oxigênio na água, o que é atribuível ao elevado índice de efluentes. Para esta situação, vários foram os fatores concorrentes, dentre eles a atuação da empresa, que se soma a outras fontes de poluição. Daí que, ponderando o escopo da norma violada, é de se reconhecer que especificamente os danos decorrentes da impossibilidade pesca no local não podem ser causalmente ligados à sobredita operação, não obstante esta, do ponto de vista coletivo, possa ser considerada danosa, diante do agravamento das condições ambientais do corpo hídrico. Ou seja, os danos individuais, na espécie, não podem ser causalmente ligados ao fator de atribuição (a operação da empresa), não obstante o possam, ao menos em tese, os danos coletivos, consubstanciados na deterioração das condições do rio. Nestes termos é que se verifica o modo como o nexo de causalidade, valorado não apenas na sua matriz fática, mas predominantemente no seu viés normativo, pode ser relevante à determinação do alcance da responsabilidade civil, inclusive (e de maneira muito especial) se objetiva. Na mesma linha, mas já em sede de recurso de revista (não mais como Corte de Apelo), o Superior Tribunal de Justiça veio a consolidar do mesmo entendimento, situando de modo ainda mais preciso os danos no escopo da norma violada e afastando, por alegada ausência de causalidade, aqueles que não estivessem por ela cobertas. Assim consta na decisão: RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOÇÃO DO NAVIO VICUÑA. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS. PROIBIÇÃO TEMPORÁRIA DE PESCA. EMPRESAS ADQUIRENTES DA CARGA TRANSPORTADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO. 1. Ação indenizatória ajuizada por pescadora em desfavor apenas das empresas adquirentes (destinatárias) da carga que era transportada pelo navio tanque Vicuña no momento de sua explosão, em 15/11/2004, no Porto de Paranaguá. Pretensão da autora de se ver compensada por danos morais decorrentes da proibição temporária da pesca (2 meses) determinada em virtude da contaminação ambiental provocada pelo acidente. 2. Acórdão recorrido que concluiu pela procedência do pedido ao fundamento de se tratar de hipótese de responsabilidade objetiva, com aplicação da teoria do risco integral, na qual o simples risco da atividade desenvolvida pelas demandadas configuraria o nexo de causalidade ensejador do dever de indenizar. Indenização fixada no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato" (REsp nº 1.374.284/MG). 4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador. 5. No caso, inexistente nexo de causalidade entre os danos ambientais (e morais a eles correlatos) resultantes da explosão do navio Vicuña e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada pela referida embarcação. 6. Não sendo as adquirentes da carga responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização – na condição de poluidora indireta – acaso fosse demonstrado: (i) o comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de explosão na realização do transporte marítimo de produtos químicos adquiridos fosse ínsito às atividades por elas desempenhadas ou (iii) que estava ao encargo delas, e não da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhes seria destinada. 7. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte TESE: As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicuña no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera aquisição pretérita do metanol transportado). 8. Recursos especiais providos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1602106/PR. 2ª Seção. Rel. Min. Villas Boas Cuêvas. Julgado em: 25 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 jan. 2018). Ora, ao que se

reconhecer que cabia uma reparação coletiva por parte da mesma empresa, porquanto, sem prejuízo da poluição preexistente e atribuível a outros fatores¹⁴⁴⁶, aquele procedimento (lançamento de resíduos industriais em desacordo com as diretrizes estabelecidas no licenciamento) contribuiu causalmente – mesmo que não na sua totalidade – para a degradação em geral do rio, esta de ordem supraindividual.

Ora, na espécie, entendeu-se que o escopo da norma violada bastava a situar apenas os danos coletivos no seu âmbito de proteção, de modo que os alegados prejuízos de matriz individual (no caso, a privação da pesca), em não sendo possível a demonstração da sua efetiva concorrência para a causação específica, não podiam ser reparados. Dito de outro modo, havia ação (lançamento de efluentes industriais, concorrendo para o agravamento da poluição), havia dano (alteração do equilíbrio do ecossistema local, inclusive com a morte de peixes), mas apenas havia nexo de causalidade quanto à degradação coletiva – e não em relação àquela individual –, já que apenas os primeiros estavam no escopo da norma violada (concorrência para a poluição que, não obstante lesiva ao ambiente, não foi determinante à morte dos peixes que causou os danos individuais).

Os danos são diversos; os titulares, de igual sorte. Mesmo que os pescadores pudessem ser indiretamente considerados como atingidos pela degradação de cunho transindividual, uma vez que também integravam aquela coletividade, o escopo da norma protetiva do bem ambiental (corpo hídrico) fora violado apenas na sua dimensão coletiva, porquanto não suficientemente provado que tivesse gerado os danos individuais alegados, no que tange à sua causalidade normativa.

vê, entendeu o Tribunal que o dano, não obstante existe (é fato que os pescadores ficaram privados de exercer a pesca no período, suportando prejuízos em razão disso), não podia ser causalmente ligado à atuação da empresa adquirente da carga transportada (sem prejuízo de que pudesse estar ligada por nexo causal a fatos imputáveis à transportadora, por exemplo), já que tal, ao que se vê, estava situado fora da margem do âmbito de tutela da norma que autorizaria a sua imputação.

¹⁴⁴⁶ A jurisprudência brasileira, de há muito, já fixara entendimento no sentido de que a poluição preexistente não isenta de responsabilidade civil o empreendedor que contribui para o seu agravamento. Neste sentido, exemplificativamente: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 869149. 4ª Turma. Rel. Desª. Salete Nascimento. Julgado em: 07 out. 2010. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em: 08 jan. 2018

Neste exato particular, ganha especial relevo a ponderação já tantas vezes referida, que se molda à luz do princípio da solidariedade, a qual, como se tem sustentado, também é concretizável, mesmo que corretivamente, por meio da verificação do nexo causal. Isso porque, partindo do pressuposto de que a manutenção da qualidade ambiental do rio em causa contribui e interfere na qualidade de vida de toda uma população (que vive no seu entorno, que é atingida pelas suas cheias, que se abastece da sua água, que o contempla nas horas de lazer), dimensão que se concretiza na sua faceta individual com maior dificuldade se comparada à sua congênere coletiva, o princípio da solidariedade autoriza uma ponderação mais intensa em prol do lesado, desde que tal se compreenda no escopo da norma violada na situação posta.

Haverá situações, em matéria de causalidade ambiental, em que a simples verificação da *conditio sine qua non* será suficiente para a determinação da satisfação do suporte fático da norma de imputação. Outras, contudo, em que a complexidade dos fatos associados ao fator de atribuição demandarão um exame mais acurado do ponto de vista normativo para fins de delimitar de modo oportuno os danos que poderão ser contemplados por uma obrigação de indenizar.

A aferição do presente regime especial de responsabilidade teve, portanto, a intensão exata de demonstrar esta necessidade, evidenciado, desta feita, a imprescindibilidade de um conceito de causalidade que atende ao escopo da norma de tutela dos bens jurídicos cuja funcionalidade foi comprometida pelo dano. Viabiliza-se, com isso, a aplicação adequada de um regime de imputação objetiva que, possuindo por vezes um campo de abrangência bastante amplo – nos moldes, por exemplo, da cláusula geral prevista no sistema brasileiro, que sequer condiciona a existência de um perigo ou mesmo de um risco agravado para a sua incidência –, necessita uma aplicação com prudência e sensibilidade para entender as consequências (mesmo que indiretas) que o reconhecimento de um dever de indenizar pode ter.

CONCLUSÃO

“The law has moved in cycles. A period of strict liability, as ‘unmoral’ period, is succeeded by a period of fault liability, a ‘moral’ period, and then pendulum swings back again”

John W. Salmond

Todo o percurso investigativo trilhado, especialmente tendo em conta as suas diversas interfaces, permite chegar ao presente momento com algumas conclusões. Apresentá-las, portanto, mesmo que os seus termos não impliquem em encerrar o debate acerca do tema, é medida que se impõe.

A noção jurídica de responsabilidade civil tendeu a ser oscilante ao longo da sua evolução, especialmente se considerada a partir do fundamento de legitimidade e dos objetivos a serem por ela alcançados. Não há dúvidas de que, na sua gênese, esteve associada com à ideia de retribuição por um mal feito, muito própria – e próxima – do direito penal; ocorre que mesmo com a sistematização consumada por meio da codificação oitocentista, que tendeu a promover de modo absoluto a ruptura entre as imputações, ainda assim, no que tange à sua estrutura de pressupostos, são inegáveis os resquícios mantidos no regime geral de matriz subjetiva.

Ocorre que na sequência da, em tese, estabilização moderna do instituto, que se viabilizou por meio do reconhecimento da unidade do princípio da culpa e da sua dúplice função (fundamento de legitimidade e filtro da reparação), não tardaram influxos associados a promover um amplo debate concernente à objetivação da responsabilidade civil. Partindo da necessidade de enfrentar problemas aparentemente pontuais e concretos, relacionados a situações especiais cuja solução

fornecida pelo regime de matriz subjetiva contrastava com o senso de justiça e de adequação social então vigentes, passa-se a questionar a suficiência da culpa para fins de legitimar de maneira uniforme a responsabilidade civil e, com isso, equacionar, na sua plenitude, a problemática associada a quem deve suportar os ônus decorrentes dos danos verificados na vida de relação.

Dito de outro modo, os problemas vivenciados (quicá de natureza econômica e social e não propriamente jurídica) compeliram a dogmática a revisar as suas certezas e a estruturar respostas minimamente satisfatórias do ponto de vista da técnica normativa para atender situações concretas, independentemente da convicção dos juristas de que a superação da culpa era, de fato, a melhor alternativa, partindo da estrutura então delineada. Até mesmo porque a sedimentação da responsabilidade civil tomando-a como alicerce a culpa representou um inegável avanço evolutivo na gestão e na operacionalização do instituto, não obstante fosse inegável que a sua adoção continuava a conectar, de algum modo, a imputação civil à imputação penal.

Nestes termos, é forçoso reconhecer que a fragmentariedade marcou não apenas o debate inicial sobre a conveniência e a oportunidade de se retomarem os regimes de responsabilidade objetiva (o que para muitos representava mesmo um retrocesso), mas, após a sua aceitação, ainda que parcial, a sua adoção por parte dos mais variados sistemas jurídicos. Daí porque a matéria tendeu a ser tratada isoladamente, por meio do que se denominou no curso da investigação de “ilhas de imputação objetiva” predispostas a regular situações, de início, bem delimitadas da realidade social (v.g., transporte ferroviário e acidentes do trabalho, para citar dois casos clássicos que estão na gênese do seu ressurgimento contemporâneo).

E foi justamente esta fragmentariedade que comprometeu sobremaneira a ideia de conjunto, quanto mais porque a estrutura imputacional respectiva foi desenvolvida com atenção à “tipicidade”, mesmo que à luz dos pressupostos do regime geral assente na culpa, apenas com a aparente supressão dos elementos inerentes ao conceito normativo de ato ilícito. Ou seja, a disciplina da responsabilidade civil objetiva restou por se desenvolver como algo excepcional e extraordinário, associada à uma previsão legal taxativa (*numerus clausus*) de, em situações estritas,

permitir-se o surgimento do dever de indenizar mediante a dispensa da prova da culpa e da ilicitude.

Ocorre que os regimes de imputação objetiva começaram a se multiplicar, seja por meio da edição de novas normativas próprias (nomeadamente através de diplomas esparsos), seja por meio da reinterpretação de situações cujos preceitos eram entendidos como carecedores da prova da culpa para fins de surgimento do vínculo obrigacional indenizatório; neste processo de alargamento, alguns deles passaram mesmo a ser previstos em termos bastante abertos, o que permitiu, inclusive, o florescimento do debate sobre a legitimidade do emprego de cláusulas gerais a respeito. Nesta linha, o que era absolutamente excepcional passa a ganhar maior importância no cenário da responsabilidade civil, fazendo com que a sua existência não pudesse ser vista como algo estranho à noção geral de responsabilidade, quanto mais porque fator relevante na sua resignificação.

Todo este fenômeno exigiu que a noção jurídica de responsabilidade civil não mais pudesse ser concebida apenas como resposta a um ato ilícito imputável ao lesante [*rectius*: à reprovabilidade do seu comportamento igualmente caracterizável como uma violação à ordem jurídica], mas sim como a solução de um problema associado a um dano ilegítimo sofrido pelo lesado. Converte-se o instituto, com isso, num gestor dos prejuízos verificados nas mais diversas situações da vida de relação, inclusive – mas não só – naquelas decorrentes de um comportamento culposos e antijurídico imputável a um sujeito bem determinado.

Tal processo, assim, terá por objetivo contemporizar posições conflitantes, valorando-as a partir de preceitos normativos vigentes em cada ordem jurídica – que podem ou não tomar a culpa como baliza – para o fim de demarcar em quais situações os danos respectivos deverão permanecer sob o encargo do lesado e em quais poderão ser transferidos por meio de uma imputação jurídica ao lesante que, para este fim, converte-se em verdadeiro responsável.

Por isso é que mesmo se operando uma resignificação da noção geral do instituto para o fim de compatibilizar a coexistência dos regimes de matriz subjetiva e objetiva dentro de uma mesma noção jurídica, o que se concretiza por intermédio do

reconhecimento da preponderância do dano em relação à conduta no juízo de imputação civil (o que sucede de modo completamente diverso no juízo de imputação penal), não se está de acordo com as teses que propõem a substituição da ideia de responsabilidade civil por um autêntico direito de danos. Ora, não obstante o prejuízo juridicamente relevante esteja no cerne do instituto, a sua aplicação permitirá, a partir de um processo juridicizado, imputá-lo a alguém que sequer é, em muitos dos casos, o verdadeiro causador material da lesão, mas se converterá em genuíno responsável pela sua reparação.

Reafirma-se a convicção, com isso, de que a gestão dos danos constitui-se em processo jurídico de imputação de responsabilidade de natureza civil consubstanciado numa obrigação de natureza indenizatória por meio da qual se opera a transferência do prejuízo associado a um fator de atribuição previsto legalmente de uma esfera para outra, quando assim for legítimo do ponto de vista da normativa vigente em cada sistema. E todo este processo poderá ser operado por meio de um regime de matriz subjetiva ou por um regime de matriz objetiva, ambos com a mesma dignidade e a mesma importância, sendo a escolha por um ou outro fruto da opção formulada pelo sistema jurídico (em abstrato) e da subsunção dos fatos à norma de regência (em concreto), conforme a satisfação ou não dos elementos do suporte fático das diversas *fattispecie* vigentes.

O reconhecimento destas premissas é o primeiro passo a que se possa pretender uma uniformidade para a responsabilidade civil objetiva, concebendo que não obstante as suas regras possam ser dispersas e, quiçá, conter elementos normativos particulares, possui uma ideia de conjunto que permite propor-lhe um regime geral. Atentando para isso se percebe que a já tantas vezes referida fragmentariedade é muito mais fática do que propriamente normativa, porquanto o instituto, na sua essência, vem marcado por pontos de convergência, tanto no que tange à legitimidade quanto à operatividade.

Situada a noção jurídica hodierna de responsabilidade civil e o papel que a imputação objetiva exerce dentro dela, cumpre identificar o fundamento unitário de validade que está subjacente às mais variadas situações nas quais o arcabouço jurídico

em vigor em cada sistema permite o surgimento de um vínculo obrigacional indenizatório para além do princípio da culpa em relação ao sujeito que, ao cabo, se pretenderá responsável pelos ônus correspondentes. Tendo em conta a evolução histórica do instituto, não há dúvidas de que a ideia de risco esteve na sua base; tanto que justificou, nas suas diversas variações, a solução de problemas concretos que se apresentavam em matéria de imputação.

Partindo da ideia sintetizada no brocardo latino *ubi commodum ibi et incommodum*, foi possível construir embasamento teórico para justificar a transferência de um dado prejuízo, mesmo em situações nas quais não era possível identificar a prática de um ato antijurídico e culposo por parte do lesante, pelo fato de estar associado a uma determinada atividade com maior propensão à causação de danos. Nas primeiras situações em que se buscaram alternativas para resolver a necessidade de justificar a imputação em situações estranhas ao ato ilícito, o risco mostrou-se adequado para este fim. Várias, aliás, foram as teorias predispostas a respeito, com desenvolvimentos diversificados acerca da extensão do fator que seria agravante para a especial possibilidade de produzir danos e, por isso, poder-se-ia converter em elemento de imputação.

Todas estas construções, a par de alguma diversidade, têm em comum o fato de associarem a responsabilidade civil objetiva não propriamente a uma ação ou a uma omissão bem delineadas – o que até então era imprescindível à imputação de um modo geral, tanto civil quanto penal –, mas preponderantemente ao exercício de atividades, assim entendidas enquanto um conjunto organizado de atuações encadeadas que, pelo fato de se somarem umas as outras, tendem a perder o elemento pessoalizador capaz de viabilizar a identificação da uma concorrência culposa específica. Ou seja, sabe-se que o dano decorre da atividade globalmente considerada, mas não é possível identificar uma conduta bem delimitada no seu processo que possa ser caracterizada como um ato ilícito em sentido técnico.

Neste cenário, ditas construções tiveram relevância na promoção do início de uma profunda revisão da estrutura de pressupostos que se encontrava na base da imputação objetiva, ainda marcada (mesmo que indiretamente) por reminiscências

oriundas da imputação delitual-penal, porquanto se não era possível precisar a existência de uma conduta suficientemente delimitada, não era possível identificar um culpado. Perfectibiliza-se, com isso, o processo de transição vivenciado pela própria noção de responsabilidade civil, que passa a procurar, como antes dito, um responsável civil, ou seja, um sujeito cujo patrimônio possa ser chamado a suportar os ônus correspondentes a um dano, e não um culpado propriamente dito, assim considerado o indivíduo em relação ao qual se estabelece um juízo de censura relativamente ao seu comportamento.

Ocorre que o incremento da complexidade das relações privadas, que vem acompanhado de um aumento exponencial da ocorrência de danos, faz com que a caracterização da noção geral de risco nem sempre se afigure claramente perceptível em todas as situações submetidas a regimes de imputação objetiva. E isso seja porque as atividades que passam a ser tomadas como fator de atribuição nem sempre são verdadeiramente portadoras de um potencial mais intenso de causar danos (nos moldes do que sucede, *v.g.*, com a responsabilidade do comitente, na qual nem sempre se vê na base um especial risco na atividade desenvolvida), seja porque os intentos perseguidos pelo ordenamento jurídico por vezes podem ser outros que não a transferência dos riscos para aquele que empreende a atividade arriscada (como, *v.g.*, nas hipóteses de responsabilidade por fato de terceiros, quando aparenta querer-se constituir uma real condição de garantidor do sujeito nomeado responsável, mesmo à vista da ausência de um risco concreto).

E, se não bastasse, várias situações que, na sua origem, encontravam-se associadas à uma especial e concreta periculosidade foram sendo desnaturadas ao longo do tempo, o que implicou na impossibilidade de se verificar a presença de um risco legitimador da dispensa da culpa. Bem representam este fenômeno, por exemplo, a responsabilidade pelos fatos dos animais; não obstante, na sua gênese, fossem considerados uma especial fonte de danos em razão da sua periculosidade, com o passar do tempo não apenas outras atividades restaram por superá-los em dito potencial lesivo, como os Tribunais passaram a interpretar a norma de imputação como não carecedora da demonstração de um especial risco do animal, bastando que,

para fins de surgimento do dever de reparar de matriz objetiva, os prejuízos estivessem a eles associados (mesmo que em si não representasse qualquer risco).

Por estas razões, nomeadamente tendo em conta a forma como as *fattispecie* de responsabilidade objetiva têm sido aplicadas, é forçoso concluir no sentido da insuficiência da noção de risco, mesmo em uma perspectiva alargada, para fins de legitimação uniforme de um regime geral que se pudesse propor, diante da sua falta de abrangência em relação à totalidade das situações em que tal regime teria lugar.

E, visando a encontrar outro princípio geral cujo conteúdo seja, ao mesmo tempo, denso dogmaticamente e amplo o suficiente para fins de exercer sobredita função legitimadora, algumas hipóteses teóricas foram cogitadas e aferidas. Dentre elas, mereceram atenção as noções jurídicas de equidade e de prevenção, não apenas pelo fato de, com alguma frequência, serem referidas pela doutrina como associadas à imputação objetiva, mas também pela sua notória ligação com a ideia alargada de responsabilidade civil antes delineada; os resultados, entretanto, não foram positivos, identificando-se, tal qual sucede com o risco, a sua insuficiência a embasar principiologicamente, como fonte de legitimação uniforme, um regime geral de responsabilidade sem culpa.

Neste cenário é que ganha relevo o princípio da solidariedade.

Datam ainda da década de sessenta do século passado os relevantes estudos desenvolvidos por Stefano Rodotà relativamente ao problema da responsabilidade civil, os quais, em grande parte, alicerçaram-se no princípio da solidariedade e foram largamente acolhidos pela doutrina subsequente. Para compatibilizá-lo, contudo, com os contornos atuais do instituto, de modo a permitir a sua experimentação como substrato legitimador (e ressystematizador) de um regime geral de responsabilidade civil objetiva aplicável a todas as suas *fattispecie*, afigura-se necessário revisitar a própria noção jurídica de solidariedade, afastando-a de contornos cujo significado vulgar da designação possam estar associados a termos pouco densos do ponto de vista normativo, porquanto vinculados a visões assistencialistas e caritativas incompatíveis com os termos de que se pretende.

Não há dúvidas de que os intentos subjacentes à adoção de regimes de responsabilidade civil objetiva estão associados à identificação de uma especial necessidade de se atentar à impossibilidade de que o lesado reste desprovido de reparação em determinadas hipóteses. A par da, em tese, superioridade das construções assentes na culpa e no juízo de desvalor da conduta a ela inerentes, é inarredável que, em dadas situações, mesmo que não atendida a estrutura imputacional do ato ilícito, não se pode consentir que os encargos decorrentes de um prejuízo restem atribuídos à vítima.

Daí que se a noção hodierna de solidariedade implica em identificar que a realização da pessoa e dos seus interesses somente se pode dar em coletividade, é imperioso reconhecer a necessidade da observância de deveres recíprocos entre os membros do grupo de maneira a viabilizar a satisfação de todos. E tal não em nome de um dever de caridade ou de benesse para com alguns, mas em nome de um inarredável senso de alteridade que permeia todo o direito privado; não se trata apenas de tutelar hipossuficientes, mas de garantir o pleno desenvolvimento de todos os sujeitos, na sua singularidade, por intermédio da compreensão de que tal somente se dá, em alguma medida, numa dimensão coletiva.

Nesta linha de consideração, é viável identificar que, em dadas situações, mesmo não sendo possível atribuir a responsabilidade por uma gama de danos à culpa de ninguém, é possível situar estes mesmos danos de modo mais estreito na esfera jurídica de determinados sujeitos, o que se pode dar por razões variadas (risco, perigo, garantia ou até mesmo equidade). Tal processo de valoração da realidade social é que permitirá, em nome da solidariedade, estabelecer que ditos prejuízos não podem ficar sem reparação, devendo ser atribuídos a sujeitos que serão considerados responsáveis por estarem de maneira mais íntima conectados a ditos prejuízos do que os lesados que os sofreram.

Ora, diante disso, o princípio da solidariedade apresenta-se não apenas como um balizador da gestão de danos, mas também como importante fator de reagrupamento da fragmentariedade característica da imputação objetiva, no que tange à legitimidade do vínculo obrigacional correspondente. Dito de outro modo, ao

passo em que o princípio da solidariedade integra e reunifica a necessidade de justificar a reparação de uma série de prejuízos, diante da impossibilidade de que, em nome da alteridade perseguida pelo direito privado, sejam atribuídos à vítima, é possível concluir que se converte em nítido fundamento uniforme de legitimação da responsabilidade objetiva e da transferência de encargos que por meio dela se concretiza.

A ideia de garantia passa a ser um fator que não pode ser desconsiderado, fazendo com que, ao lado do especial potencial lesivo de uma dada atividade, passe a ser um objetivo a ser perseguido pelas várias situações de responsabilidade sem culpa que, por meio da invocação da solidariedade, justificam-se, desde que atendidos os requisitos legalmente impostas para tanto. Isso porque não se trata de uma aferição voluntariosa do intérprete se, em dadas hipóteses, a partir do seu senso pessoal e singular de justiça, esta ou aquela vítima deve ser reparada; trata-se da legitimação de um arcabouço normativo que, quando atendidos os seus termos por intermédio da aferição da satisfação do suporte fático da norma imputacional, permitirá impor ao sujeito responsável uma obrigação indenizatória, independentemente da sua concorrência culposa para os danos.

O princípio da solidariedade – visto enquanto vetor axiológico nos termos do qual a realização plena dos interesses de cada um somente se concretiza no todo, impondo, portanto, atenção à alteridade imanente ao direito privado – tem, desta feita, viva importância na concretização do conteúdo normativo dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva, seja na avaliação da regra de imputação, seja na subsunção dos fatos nos conceitos de dano juridicamente relevante e de causalidade normativa, nos termos em que sustentado até então.

Para tanto, não se pode perder de vista que é da essência dos sistemas jurídicos sob comparação o estabelecimento da imputação de danos por meio de preceitos gerais (mesmo que em maior ou menor grau). Em linhas gerais, a tipicidade de há muito foi superada na tradição ítalo-luso-brasileira, fazendo com que o processo de subsunção dos fatos à norma de imputação processe-se por intermédio de uma atividade ampla – mas não livre – do intérprete sem que tal represente um risco à

segurança jurídica, desde que realizada de maneira técnica e com atenção aos comandos normativos em vigor.

Neste exato aspecto é que a existência de um princípio geral e unitário de legitimação da responsabilidade civil objetiva somente agrega ainda mais conteúdo ao processo de concretização dos pressupostos do dever de indenizar, fazendo com que não represente apenas um enquadramento frio de fatos a comandos legais (já bastante limitados), mas implique também um juízo axiológico-normativo de verificação do cabimento imputação de danos em dadas situações. Assim é que a noção jurídica de solidariedade converte-se em verdadeiro filtro da imputação objetiva, alargando-a ou restringindo-a conforme as necessidades de tutela, à vista da produção de danos ilegítimos na esfera jurídica de terceiros.

Dito tudo isso e comprovada a existência de um fundamento uniforme que legitima as mais variadas situações de responsabilidade civil objetiva, no caso, o princípio da solidariedade, cumpre revisitar a estrutura da imputação correspondente, de modo a aferir a (in)suficiência e a (in)adequação da totalidade dos pressupostos elencados como requisitos ao surgimento da obrigação indenizatória a partir do paradigma da responsabilidade aquiliana de matriz subjetiva.

Neste aspecto, é inegável reconhecer que ditos pressupostos – assim entendidos enquanto os requisitos que devem ser satisfeitos para a constituição do vínculo obrigacional – são agrupáveis em dois grandes módulos: de um lado, os ditos subjetivos, pois associados, em maior ou menor grau, à pessoa do lesante e ao seu comportamento; de outro, os ditos objetivos, pois relacionados mediatamente ao lesado e imediatamente ao prejuízo por ele sofrido, o qual se converterá, se assim permitir a estrutura imputacional, no objeto a ser alcançado pelo dever jurídico de reparação a ser constituído.

O fato de as situações de responsabilidade civil objetiva nem sempre estarem associadas a um comportamento comissivo ou omissivo bem delineado, mas precipuamente ao exercício de atividades ou de posições jurídicas predispostas como fator de atribuição faz com que, desde logo, se coloquem dúvidas quanto à relevância dos pressupostos que integram o grupo antes denominado subjetivo. Exatamente por

isso é que, sem sombra de dúvidas em relação à culpa (até mesmo pelo fato de a imputação objetiva não raro ser definida de maneira negativa) e com algum vacilo em relação à imputabilidade e à ilicitude, tende-se a convergir no sentido da sua irrelevância da sua aferição num regime geral de imputação objetiva.

O problema é que a questão não pode ser posta de modo simplista, já que alguns elementos que, num juízo geral de imputação assente no conceito de ato ilícito (por isso culposos e antijurídicos), encontram-se situados no conteúdo destes pressupostos assim ditos subjetivos, não podem ser de todo desconsiderados em um regime de matriz objetiva.

Não há dúvidas de que a concorrência culposa do sujeito responsável não é requisito às hipóteses de responsabilidade objetiva. Todavia, haverá fragmentos normativos que, mesmo sendo abrangidos, nos regimes tradicionais de matriz subjetiva, pelo conceito de ilicitude – o que poderia torná-los de antemão irrelevantes no regime de que se está a tratar –, não podem ser desconsiderados. Trata-se, nomeadamente, das situações de justificação, nas quais, não obstante o lesante produza um prejuízo não consentido na esfera jurídica de terceiro, como o faz no exercício de um direito (*lato sensu*), tal é permitido pela ordem jurídica – desde que não incorra em abuso –, de modo a promover a retirada da pecha de ilegitimidade do dano correspondente.

Para tanto, basta que se tome por exemplo uma situação na qual, mesmo estando predisposto um regime de responsabilidade objetiva – v.g., uma hipótese de responsabilidade do produtor –, o lesado consinta com a produção do dano (desde que, como é óbvio, os interesses sejam disponíveis). Neste caso, considerando que o lesante age com a concordância da vítima (ou seja, acobertado por o que, numa situação normal de imputação assente na culpa, dir-se-ia uma causa de justificação e, portanto, associada ao exercício *lato sensu* de um direito seu que decorre do consentimento do ofendido), não haverá reparação, mesmo a responsabilidade sendo objetiva. Tal problema estaria por resolver caso não se tomasse em conta um conceito normativo de dano (nos moldes *non iure* e *contra ius*).

Ocorre que como a ilicitude, nos termos em que moldada a sua noção jurídica, pressupõe uma avaliação da conduta, que nem sempre está presente de modo claro na responsabilidade objetiva, urge integrar estas reminiscências normativas em outro(s) pressuposto(s) que se afigurem exigíveis em todas as hipóteses de responsabilidade objetiva.

Entendeu-se, por largo período, que a simples previsão legal da imputação objetiva seria suficiente a selecionar os interesses merecedores de tutela e a balizar as situações em que se apresentasse legítimo um dever de reparação, o que tornaria despicando o debate acerca da ilicitude. Ocorre que o incremento da complexidade das *fattispecie*, tanto em razão do seu alargamento, quanto dos fatos que devem ser nelas subsumidos, passou a viabilizar a verificação de situações nas quais era controversa a adequação do reconhecimento ou negação de um dever de reparar.

Justamente esta realidade é que fomenta o debate sobre a oportunidade de se realocar elementos que, no regime fundado na culpa, estavam na ilicitude, porquanto não podiam ser de todo desconsiderados. Mais uma vez deve-se retomar a premissa que nem todos os danos podem e devem ser reparados; selecioná-los, num regime de imputação objetiva, é tarefa que a mera previsão legal não tem condições de fazer, o que exige uma valoração axiológica que precisa ser desempenhada por meio de outros pressupostos, diante da supressão da relevância da culpa e também da ilicitude (nos seus termos tradicionais).

Estes desenvolvimentos criaram ambiente favorável a se cogitar a pertinência de que dita valoração fosse exercida por meio da concretização do conceito de dano juridicamente relevante. Ou seja, se nem todos os prejuízos merecem ser ressarcidos, se a simples previsão legal de um regime de responsabilidade objetiva nem sempre é suficiente a operar de modo adequado esta seleção e se os pressupostos que, no regime geral de matriz subjetiva, realizavam esta tarefa foram suprimidos, afigura-se imprescindível reestruturar a imputação, sistematizando juízos normativos que façam as vezes de filtros eficiente para fins de seleção das hipóteses que justificam um dever de indenizar.

E a reflexão a propósito permitiu antever a viabilidade de que os próprios conceitos de dano e de causalidade passassem a exercer esta tarefa, o que exigiu, contudo, uma revisão dos seus termos, de modo a juridicizá-los. Para tanto, deixa-se de considerá-los como meros requisitos fáticos – ou, dito de outro modo, como simples alterações no mundo dos fatos – para tomá-los em conta a partir de um processo de adensamento normativo do seu conteúdo.

A revisão do conceito de dano juridicamente relevante – que é diverso do conceito simples de dano ou prejuízo – assume, neste cenário, a condição de epicentro do instituto da responsabilidade civil, que passa a ter como função a sua gestão. Não se trata, portanto, de apenas identificar a supressão de uma vantagem tutelada pelo direito, mas de aferir se esta vantagem é (i)legítima tanto sobre o ponto de vista do lesante quanto sob o ponto de vista do lesado.

Diante da forma como a estrutura imputacional foi pensada nos sistemas jurídicos português e brasileiro que, não obstante forjada a partir do modelo francês da cláusula geral, recebeu uma substancial contribuição germânica no que tange ao seu regime geral de pressupostos (bem demarcados a partir dos conceitos autônomos de culpa e de ilicitude), a dimensão do problema posto torna relevante a experiência italiana na concretização do conceito de *danno ingiusto*. Sem prejuízo das críticas que a designação possa receber, não há dúvidas de que traz em si uma notável jurisdificação da ideia de dano, transformando-o em atributo capaz de operar a seleção dos interesses merecedores de tutela.

Ao passo em que dano injusto, em linhas gerais e sem prejuízo dos desenvolvimentos mais consistentes apresentados ao longo da investigação, é aquele que se caracteriza como passível de ser considerado *contra ius* e *non iure* – ou seja, decorrente da violação de uma situação jurídica protegida e não associado ao exercício legítimo de um direito –, permite trazer para si a atribuição de ponderar não apenas a posição do lesado, mas também do lesante. Desta feita, concretiza o juízo de ponderação entre interesses contrapostas característico da imputação objetiva, agregando justamente os fragmentos normativos relevantes remanescentes do

pressuposto da ilicitude que, na sua inteireza, não pode ser considerado imprescindível ao regime de imputação ora em exame.

E, cumpre afirmar uma vez mais, não se trata de promover a importação de um problema alheio às realidades jurídicas brasileira e portuguesa – que não contam com um dispositivo com redação formulada nos moldes do artigo 2.043 do *Codice Civile*; trata-se, ao invés, de se tomar como referência o conceito normativo de dano injusto que, pensado para resolver um problema concreto de interpretação criado pelo legislador italiano de 1942, restou por se tornar útil a situações de responsabilidade nas quais a culpa e a ilicitude tiveram a sua aferição suprimida.

Pretende-se, assim, com consideração da aludida experiência, introjetar uma alternativa que se afigure apta a permitir com que o próprio conceito de dano, após um processo de jurisdicização, faça as vezes de promotor do juízo de ponderação normativa que, no regime baseado no conceito de ato ilícito, é exercido por pressupostos outros que restaram suprimidos na imputação objetiva.

Dito processo vai complementado por uma idêntica juridicização do conceito de causalidade relevante à responsabilidade civil que, partindo da ideia de *conditio sine qua non*, agrega elementos normativos aptos a calibrarem o dever de indenizar. Desta feita, tomando em conta a noção geral de decorrência lógica que se estabelece faticamente entre o dano e o seu fator de atribuição, haverá situações nas quais um conceito normativo de nexos causal construído a partir da verificação do escopo da norma violada permitirá demarcar de modo mais eficiente os prejuízos que se inserem no âmbito de proteção cuja consecução se busca viabilizar por meio da obrigação de reparação.

Nesta linha e sem qualquer necessidade de modificação legislativa – já que os sistemas em causa sequer definem no que consiste o conteúdo do conceito de dano, que deve ser concretizado pelo intérprete quando da subsunção dos fatos à norma de imputação –, a jurisdicização dos pressupostos da imputação objetiva representam, ao lado da previsão legal de um regime desta natureza, adequado instrumento para a reparação dos danos que efetivamente se mostram ilegítimos e que, por isso, autorizam a sua transferência a um sujeito responsável por meio da

respectiva obrigação indenizatória. Ou seja, as mesmas definições de dano e de nexo causal respondem a uma exigência de política legislativa e, assim, se voltam à efetividade da função que se busca atribuir à norma violada.

Dito tudo isso, pode-se inferir que quatro são os pilares da tese proposta.

Em primeiro lugar, o reconhecimento de que a ampliação dos regimes de imputação objetiva opera uma autêntica revisão da própria ideia de responsabilidade civil, o que permite reconhecê-la enquanto mecanismo jurídico de gestão dos danos por meio da imposição de uma obrigação indenizatória nas hipóteses – e apenas nestas hipóteses – em que tal se afigure legítimo. Neste cenário, não há que se falar em hierarquia, superioridade ou mesmo excepcionalidade na relação havia entre os regimes assentes na culpa e aqueles de matriz objetiva, mas na complementariedade entre ambos, fazendo com que sejam úteis, cada um no seu âmbito de aplicação, a demarcar a seleção dos danos que serão ressarcíveis a partir de opções normativas realizadas por cada ordenamento jurídico.

Em segundo, a identificação de que, a par da sua fragmentariedade, a responsabilidade civil objetiva, por meio das suas mais variadas *fattispecie*, ampara-se em fundamento único de legitimidade, no caso o princípio da solidariedade. Partindo da ideia de alteridade que se concretiza na percepção de que a realização dos interesses individuais somente se opera a partir da relação do seu titular com terceiros (concretiza-se, portanto, na coletividade ou, melhor dizendo, por meio dela), é possível identificar que todo e qualquer dano está mais conectado a uma determinada esfera jurídica, na qual deverá ser suportado; identificar esta esfera por meio de comandos legais que autorizam o surgimento de um dever de reparação e que se legitimam na ideia de solidariedade é que dará substrato de validade ao processo de imputação apto a, independentemente da prática de um ato ilícito, transferi-lo de um patrimônio para outro.

Em terceiro, a constatação da imprescindibilidade da revisão dogmática dos pressupostos da responsabilidade civil, de modo a forjar uma estrutura própria que atenda às necessidades da imputação objetiva, atribuindo-lhe características integradoras de um autêntico regime geral. Tal se dá por intermédio da

ressistematização dos conceitos de dano juridicamente relevante e de causalidade, os quais deixam de ter natureza precipuamente fática para assumir contornos normativos mais densos e, com isso, transformarem-se em filtros eficientes de seleção dos prejuízos que merecem ser ressarcidos.

Neste cenário, sustenta-se que o acabouço normativo vigente permite defender a unidade da responsabilidade civil objetiva vista a partir do princípio da solidariedade, que lhe dá substrato de legitimação e permite o reagrupamento da sua fragmentariedade sob um fundamento único. Trata-se de situações nas quais um duplo juízo de valoração (abstrato e concreto) autoriza que, em dadas situações, diante de uma maior conexão do dano à esfera jurídica do lesante, é justificável impor a si o dever de suportar os ônus correspondentes, retirando-o da esfera do lesado.

Para tanto, deve-se ter presente que a responsabilidade civil, de um modo geral, caracteriza-se enquanto uma opção política que se realiza através de fórmulas normativas autorizadoras da transferência de encargos. Nesta linha, em matéria de imputação objetiva, verifica-se uma opção formulada por cada sistema jurídico, à luz dos seus valores, no sentido de autorizar que determinadas posições sejam consideradas com relativa preponderância em relação a outras, o que somente se realiza por intermédio de um exercício interpretativo.

Diante disso, considerando que o instituto ora sob exame somente será efetivo se adequadamente utilizado, defende-se que o seu processo de aplicação deve ser densamente normatizado, para que se possam constituir filtros – para além da simples previsão legal do regima – seletores dos danos que efetivamente devem ser reparados. Ditos filtros, diante da redução do seu elenco de pressupostos, devem ser integrados aos conceitos de dano juridicamente relevante e de nexos de causalidade, que serão concretizados quando da subsunção dos fatos à norma de imputação.

Para tanto, defende-se que os fragmentos normativos oriundos dos pressupostos classicamente ditos subjetivos devem integra-se na aferição do dano e da causalidade imprescindíveis à responsabilidade civil objetiva, de modo que não será qualquer prejuízo que se ligue ao fator de atribuição em decorrência de uma relação de causa e efeito que poderá ser reparado.

Sustenta-se que apenas à vista da verificação de um dano ilegítimo que se afigure violador de uma situação juridicamente protegida (do lesante) e que não se dê no âmbito do exercício regular de um direito (do lesado) poderá ser considerado como juridicamente relevante e, portanto, apto a ensejar o surgimento de um dever de indenizar em razão da incidência de uma regra de imputação objetiva.

De outro lado, defende-se que apenas à vista de uma causalidade normativa, que permita situar os danos cuja reparação se pretende no escopo da norma por ele violada, estará satisfeito o suporte fático da regra de imputação, permitindo, desta feita, o surgimento de uma obrigação indenizatória de natureza objetiva.

Defende-se que a estrutura ora proposta afigura-se unitária e característica da responsabilidade civil objetiva de um modo geral, independentemente de outros elementos que se apresentem nas *fattispecie* específicas. Por isso, dever-se-á, sempre, aferir a presença de um dano ilegítimo – e, por isso, relevante do ponto de vista jurídico – e de uma causalidade preponderantemente normativa para que se apresente viável à imposição de um dever de indenizar nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Tanto porque se entende que apenas nestas situações, que permitem atentar e valorar de modo adequado e legítimo a posição contraposta entre os interesses do lesante e do lesado, será possível a aplicação ponderada do instituto sob exame.

Intenta-se, com isso, identificado um fundamento unitário de legitimidade e demarcada uma estrutura com características próprias e capazes de atribuir uma ideia de conjunto às diversas *fattispecie*, esboçar o que se denominou regime geral de responsabilidade civil objetiva e trazer contribuição útil à ciência do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFFERNI, Giorgio. **La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva**. Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, a. 69, fasc. 3, pp. 862-889, 2004.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, n. 718, pp. 33-53, ago. 1995.
- AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade Civil**. A culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011.
- ALARCÃO, Rui de. **Direito das Obrigações**. Coimbra: João Abrantes, 1983.
- ALBERTON, Mariachiara. **Il danno ambientale in un'ottica multilivello**: spunti di riflessione. IANUS - Diritto e finanza: Rivista semestrale di studi giuridici, Siena, a. 1, n. 2, pp. 02-24, 2010.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, a. 3, n. 6, pp. 89- 103, jan/mar. 2016.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de; CARVALHO, Jorge Morais. **Introdução ao Direito Comparado**. 3ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- ALPA, Guido. **Diritto della responsabilità civile**. Roma/Bari: Laterza, 2003.
- ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. Principi. Torino: UTET, 2015.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**. Parte prima: i profili dottrinali. 2ed. Milano: Giuffrè, 1980.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **I fatti illeciti**. In: RESCIGNO, Pietro (dir). Trattato di Diritto Privato. Torino: UTET, 1982, t. 6 (obbligazioni e contratti), v. 14.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **La responsabilità civile**. 3ed. Milano: Giuffrè, 2001.

- ANDERSEN, W. O. **A revolução industrial**. Trad. Maria Ondina. Lisboa: Editores Associados, 1969.

- ANDRADE NETO, Carlos Gonçalves de. **Justiça distributiva e responsabilidade civil**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito (Faculdade de Direito do Recife). Orientador Prof. Doutor Paulo Luiz Neto Lôbo. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

- ANGRISANI, Antonio. **La responsabilità dei padroni e dei comitenti**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità Extracontrattuale. Torino: CEDAM, 2012, v. II.

- ANNUNZIATA, Gaetano. **Responsabilità civile e risarcibilità del danno**. Padova: CEDAM, 2010.

- ANTUNES, Henrique Sousa. **Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância da pessoa naturalmente incapaz**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

- APICELLA, Domenico. **Danno cagionato da animali**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Padova: CEDAM, 2012, v. II.

- APICELLA, Domenico. **Responsabilità da cose in custodia**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Padova: CEDAM, 2012, v. II.

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 14ed. Napoli: Jovese, 1998.

- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

- ARCHER, António Barreto. **Direito do ambiente e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2009.

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco** (série Os pensadores). Trad. Mário da Gama Kury. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **A teoria finalista e o ilícito civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 27, pp. 09-28, 1986.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Teoria Geral. 2ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. Teoria Geral. Coimbra: Coimbra, 2002, v. III.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Prefácio**. In: GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e Direitos da Personalidade. Fundamentação ontológica de tutela. Coimbra: Almedina, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos**. In: MIRANDA, Jorge (org). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra: Coimbra, 2010, v. II.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 52, n. 1 e 2, pp. 29-43, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Mecanicismo, equidade e cláusulas gerais no direito das obrigações**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, Lisboa, a. 3, n. 7, pp. 4733-4749, 2014.
- ASCOLI, Alfredo. **Istituzioni di Diritto Civile**. 2ed. Napoli: Francesco Perrella, [s.ed].
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil**. A sobreposição das concepções normativas. In: MIRANDA, Jorge (coord.). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Coimbra: Coimbra, 2010, v. III.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. **Responsabilidade civil por violação de deveres de tráfego**. Coimbra: Almedina, 2015.
- AUTORINO, Gabriella. **La responsabilità aquiliana: il modello atípico dell’art. 2043 C.C.** In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale. Padova: CEDAM, 2012, v. II.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia**. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, pp. 01-15, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983.
- AZZARRI, Federico. **Responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale**. Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, a. 73, fasc. 5, pp. 1078-1093, 2008.

- BARASI, Lodovico. **Istituzioni di Diritto Civile**. Milano: Francesco Vallardi, 1914.

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. LXXXI, pp. 511-600, 2005.

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **Liberdade vs. Responsabilidade**. A precaução como fundamento da imputação delitual? Coimbra: Almedina, 2006.

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual**. Breves apontamentos. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. LXXXII, pp. 485-534, 2006.

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Tese de doutoramento (Universidade de Coimbra). Coimbra: Faculdade de Direito, 2013

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **Estudos a propósito da responsabilidade objetiva**. Cascais: Principia, 2014.

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **Responsabilidade civil extracontratual**. Novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade. Cascais: Principia, 2014.

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade**: breves considerações. FIDES – Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, Natal, v. 8, n. 2, pp. 172-190, jul./ dez. 2017.

- BARBOSA, Mafalda Miranda. **A reforma francesa da responsabilidade civil** – Breves considerações em sede extracontratual. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona, Porto, n. 11, pp. 02-29, 2018.

- BARCELLONA, Mario. **“Scopo della norma violata”**. Interpretazione teleológica e tecniche di atribuzione della tutela aquiliana. Rivista di Diritto Civile, Padova, a. XIX, v. I, pp. 311-371, 1973.

- BARCELLONA, Mario. **La responsabilità extracontrattuale**. Danno ingiusto e danno non patrimoniale. Torino: UTET, 2011.

- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

- BEVILACQUA, Maila. **Nuovi profili della causalità nella giurisprudenza della Suprema Corte**: dalla sentenza Franzese alla duplice ‘dimensione di analisi’ del

nesso di causa nel sottosistema civile. *Diritto & Diritti* (fondato da Francesco Brugaletta), Ragusa, 12 giu. 2008. Disponibile em: <<https://www.diritto.it/nuovi-profilo-della-causalita-nella-giurisprudenza-della-suprema-corte-dalla-sentenza-franzese-alla-duplice-dimensione-di-analisi-del-nesso-di-causa-nel-sottosistema-civile/>>. Accesso em: 11 ago. 2017.

- BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto Civile**. La responsabilità. Milano: Giuffrè, 1994, ristampa.

- BIANCA, Cesare Massimo. **Istituzioni di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2014.

- BLAIOTTA, Rocco. **La causalità nella responsabilità professionale**. Tra teoria e prassi. Milano: Giuffrè, 2004.

- BONANZINGA, Rosa Thea. **Abuso del diritto e rimedi esperibili**. Comparazione e Diritto Civile, Salerno, Sezione Teoria Generale, nov. 2010. Disponibile em: <http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/bonanzinga_abuso.pdf>. Accesso em: 13 jun. 2016.

- BONILINI, Giovanni. **Il danno non patrimoniale**. Milano: Giuffrè, 1983.

- BONVICINI, Eugenio. **La responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1971, t. I.

- BORDON, Raniero. **Una nuova causalità per la responsabilità civile**. Persona e danno (a cura di Paolo Cendon), Trieste, 13 feb. 2008. Disponibile em: <<https://www.personaedanno.it/articolo/una-nuova-causalita-per-la-responsabilita-civile-raniero-bordon>>. Accesso em: 06 ago. 2017.

- BRASIL. **Código Civil**. Quadro Comparativo 1916/2002. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponibile em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70309>>. Accesso em: 11 ago. 2015.

- BRIGANTI, Ernesto. **Tradizione e novità nella responsabilità civile**. In: LUCARELLI, Francesco. *Diritti Civili ed Istituti Privatistici*. Padova: CEDAM, 1983.

- BUSNELLI, Francesco Donato. **La parabola della responsabilità civile**. Rivista critica del diritto privato, Bologna, v. 6, n. 4, pp. 643-684, dic. 1988.

- BUSNELLI, Francesco Donato. **Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

- BUSNELLI, Francesco Donato. **Il principio di solidarietà e “l’attesa della provera genti”, oggi**. Persona e Mercato, Firenze, n. 2, pp. 101-116, 2013.

- BUSNELLI, Francesco Donato; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3ed. Torino: Giappichelli, 2013.
- BUSSANI, Mauro. **La responsabilità civile al tempo della crisi**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, v. 69, fasc. 2, pp. 567-581, giu. 2015.
- BUSSANI, Mauro; INFANTINO, Marta. **La Corte costituzionale, l'illecito ed il governo della colpa**. In: BUSSANI, Mauro (a cura di). La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2ed. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAETANO, Marcello. **História do Direito Português**. 4ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CALABRESI, Guido. **Costo degli incidenti e responsabilità civile**. Trad. Anna de Vita, Vincenzo Varano e Vincenzo Vigoriti. Milano: Giuffrè, 2015, ristampa.
- CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privado e Codificazione in Brasile**. Milano: Giuffrè, 2005.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil**. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPECCHI, Marco. **Il nesso di causalità**. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione di risarcimento del danno. 2ed. Padova, CEDAM, 2005.
- CARINGELA, Francesco. **Studi di Diritto Civile**. Milano: Giuffrè, 2007, v. 3.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem Dano**. Uma análise crítica. Limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. Seu sentido e limites. 2ed. Lisboa: Centelha, 1981.

- CARVALHO, Orlando de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha. 3ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha Nunes de. **A responsabilidade do comitente**. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 48, pp. 85-120, 1988.
- CASTELEIRO, João Malaca (org.). **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa**. Lisboa: Verbo, 2001, v. 2.
- CASTRESANA, Amelia. **Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- CASTRONOVO, Carlo. **Responsabilità Oggettiva**. II- Disciplina privatistica. Diritto comparato e straniero. In: AAVV. Enciclopedia Giuridica Treccani. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, v. XXX.
- CASTRONOVO, Carlo. **La responsabilità civile**. Esperienze europee a confronto. In: AAVV. I cento anni del Codice Civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del Convegno di Ferrara 26-28 settembre 1996. Padova: CEDAM, 2002.
- CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**. 3ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- CASTRONOVO, Carlo. **Sentieri di responsabilità civile europea**. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 4, pp. 787-830, 2008.
- CASTRONOVO, Carlo. **La natura del danno ambientale e i criteri di imputazione della responsabilità**. In: NICOTRA, Ida Angela; SALANITO, Ugo (a cura di). Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione. Torino: Giappichelli, 2010.
- CASTRONOVO, Carlo. **Eclissi del diritto civile**. Milano: Giuffrè, 2012.
- CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. **Manuale di Diritto Privato Europeu**. Milano: Giuffrè, 2007, v. II.
- CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Da Responsabilidade Civil**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XIII.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- CERAMI, Pietro. **Profili storici della responsabilità civile**. Europa e diritto privato, Milano, n. 2, pp. 449-468, 2008.
- CHIRONI, Gian Pietro. **La colpa nel diritto civile odierno**. Colpa extracontrattuale. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 2012, v. I, ristampa.
- CLAVERO, Bartolomé. **Institucion Historica del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1992.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Almedina, 2003, reimpressão.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1998, reimpressão.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O nexó de causalidade na responsabilidade civil**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. IX, pp. 65-242, 1951.
- COLOMA, German. **Analisis Economico del Derecho Privado y Regulatorio**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- COMPORTI, Marco. **Responsabilità per esercizio di attività pericolose**. In: BUONOCORE, Vincenzo; MAJELLO, Ugo. **Fondamento e funzione della responsabilità civile**. Napoli: Cooperativa Editrice Economica e Commercio, 1975.
- COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, ristampa.
- COOTER, Robert. **Teorie economiche della responsabilità civile**. In: FABBRINI, Daniele; FIORENTINI, Gianluca; FRANZONI, Luigi Alberto. **L'analisi economica del diritto**. Roma: Carocci, 2000, ristampa.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ed. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Obrigações**. Lisboa: AAFDL, 1986, v. 2.
- CORDEIRO, António Menezes. **Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais**. Lisboa: Lex, 1997.

- CORDEIRO, António Menezes. **Do abuso de direito**: estado das questões e perspectivas. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 65, v. II, p. 327-385, set. 2005.
- CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. 3reimp. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte geral. Coimbra: Almedina, 2009, v. I, t. I.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Direito das Obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, t. III.
- CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agendo'**. 3ed. Coimbra: Almedina, 2016, reimpressão.
- CORRADINI, Domenico. **Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento**. In: RODOTÀ, Stefano (a cura di). Il diritto privato nella società moderna. Bologna: Il Mulino, 1971.
- CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade**. O tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, Fausto. **Delitto e pena nella storia del pensiero umano**. Torino: Fratelli Bocca, 1928.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções de Direito Civil**. 3ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Reflexões sobre a obrigação de indemnização**. Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, v. 134, pp. 290-299, fev./mar. 2002.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 11ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 5ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CRESTI, Marco. **Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi**. Milano: Giuffrè, 1992.

- CUOCCI, Valentina Vincenza. **Crisi dell'assicurazione obbligatoria R.C.A.:** I possibili meccanismi correttivi tra risarcimento diretto e *no-fault insurance*. In: BUSNELLI, Francesco Donato; COMANDÉ, Giovanni (a cura di). *L'assicurazione tra Codice Civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*. Milano: Giuffrè, 2009.

- CURSI, Maria Floriana. **Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato**. Napoli: Jovene, 2010.

- D'ANTONIO, Virgilio. **Il Danno ingiusto**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, v. II.

- D'AURIA, Massimo. **L'ingiustizia del danno**. In: CUFFARO, Vincenzo. *Responsabilità Civile*. Roma: IPSOA, 2007.

- D'ORS, J. A. **Derecho Romano Privado**. 8ed. Pamplona: Univeridad de Navarra, 1991.

- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- DE CUPIS, Adriano. **Dei fatti illeciti**. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura di). *Comentario del Codice Civile. Libro quarto. Delle obbligazioni. Art. 1992-2059*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1964.

- DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**. *Teoria Generale della Responsabilità Civile*. 3ed. Milano: Giuffrè, 1979, v. I.

- DE CUPIS, Adriano. **Sul tema del danno e del risarcimento**. In: BUSNELLI, Francesco Donato; SCALFI, Gianguido. *Le pene private*. Milano: Giuffrè, 1985.

- DE CUPIS, Adriano. **La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento, o pena?** *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. 34, n. 4, parte seconda, pp. 401-404, lug./ago 1988.

- DE MASI, Domenico (org.). **A sociedade pós-industrial**. 2ed. São Paulo: SENAC, 1999.

- DE RUGGIERO, Roberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. 4ed. Messina: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1926, v. II.

- DEGL'INNOCENTI, Francesca. **I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale**. Contratto e Impresa, Padova, a. 29 n. 3, p.741-770, mag./giu. 2013.

- DELLA ROCCA, P. Morozzo. **L'imputabilità**. In: CENDON, Paolo (a cura di). La Responsabilità Civile. Responsabilità Extracontrattuale. Torino: UTET, 1998, v. IX.

- DEUTSCH, Erwin. **La disciplina dell'ingiustificato arricchimento e degli atti illeciti**. In: AAVV. I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella Cultura Giuridica Italiana. Padova: CEDAM, 2002.

- DI LAURO, Antonino Procida Mirabelli; FEOLA, Maria. **La responsabilità civile**. Contratto e torto. Torino: Giappichelli, 2014.

- DI MARTINO, Vittorio. **La R.C. nelle attività pericolose e nucleari**. Milano: Giuffrè, 1979.

- DI PIETRO, Alfredo. **Derecho Romano Privado**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- DÍEZ-PICAZO, Luis. **El escándalo del daño moral**. Madrid: Civitas, 2008.

- DOGLIOTTI, M.; FIGONE, A. **Le cause di giustificazione**. In: CENDON, Paolo (a cura di). La responsabilità civile. Responsabilità extracontrattuale. Torino: UTET, 1998, v. VIII.

- DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

- DUSI, Bartolomeu. **Istituzioni di Diritto Civile**. Atual. M. Sarfatti. Torino: Giappichelli, 1929, v. II.

- ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de Obligaciones**. Atual. Heinrich Lehmann. Trad. Blas Pérez Gonzales e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1933, v. I.

- ESCUDERO, José Antonio. **Curso de Historia del Derecho**. Fuentes e Instituciones Político-administrativas. Madrid: [s.n.], 1985.

- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. **Principles of European Tort Law**. Wien: Springer, 2005.

- FABBRICATORE, Alfonso. **Nesso eziologico e risarcimento del danno:** alcune perplessità. *Persona e danno* (a cura di Paolo Cendon), Trieste, 11 lug. 2015. Disponível em <<https://www.personaedanno.it/articolo/nesso-eziologico-e-risarcimento-del-danno-alcune-perplessit-cass-1292315-a-fabbricatore>>. Acesso em 06 ago. 2017.
- FACCI, Giovanni. **Il nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile.** *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, a. 67, fasc. 1, pp. 144-154, 2002.
- FARIA, Jorge Ribeiro de. **Direito das Obrigações.** Coimbra: Almedina, 1990, v. I.
- FARIA, Jorge Ribeiro de. **Algumas notas sobre o finalismo no Direito Civil.** *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. LXIX, pp. 71-160, 1993, e v. LXX, pp. 133-219 (continuação), 1994.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** 2ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FEDERICI, Renato. **Gli interessi diffusi.** Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo. Padova: CEDAM, 1984.
- FERRI, Giovanni B. **Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale.** *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Padova, a. 82, n. 1-4, parte prima, pp. 137-158, gen./apr. 1984.
- FIALE, Aldo. **Il risarcimento del danno ambientale e il regime delle responsabilità.** Disponível em: <<http://www.giuristiambientali.it/documenti/ICEF1.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2017.
- FONSECA, Jorge Carlos. **A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil** (Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português). *Revista Jurídica da AAFDL*, Lisboa, n. 4, pp. 13-69, 1984.
- FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità oggettiva.** I- Disciplina privatistica. In. AAVV. *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, v. XXX.
- FRANCARIO, Lucio. **Danni ambientali e tutela civile.** Napoli: Jovene, 1990.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e Deveres de Protecção.** Coimbra: Coimbra, 1994.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. **A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana.** *Direito e*

Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v. XII, t. I, pp. 297-311, 1998, separata.

- FRADA, Manuel Carneiro da. **Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997.

- FRADA, Manoel A. Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil.** Coimbra: Almedina, 2004.

- FRADA, Manoel A. Carneiro da. **Direito Civil.** Responsabilidade Civil. O método do caso. Coimbra: Almedina, 2006.

- FRADA, Manuel Carneiro da. **A equidade (ou a ‘justiça com o coração’).** A propósito da decisão arbitral segundo a equidade. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 72, n. 1, pp. 109-145, jan./mar. 2012.

- FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. **Responsabilidade e Socialização do Risco.** Coord. Marcelo Dias Varella. Trad. Michel Abes. Brasília: UniCEUB, 2006.

- FRANZONI, Massimo. **Dei fatti illeciti (art. 2403-2059).** In: GALGANO, Francesco (a cura di). Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Bologna: Zanichelli, 1993.

- FRANZONI, Massimo. **Trattato della Responsabilità Civile.** Milano: Giuffrè, 2004, t. I.

- GALBRAITH, John Kenneth. **O novo estado industrial.** Trad. Álvaro Cabral. 2ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.

- GALGANO, Francesco. **Diritto privato.** 2ed. Padova: CEDAM, 1983.

- GALGANO, Francesco. **Diritto privato.** 3ed. Padova: CEDAM, 1985.

- GALGANO, Francesco. **Tratato di Diritto Civile.** Padova: CEDAM, 2009, v. II.

- GALLO, Paolo. **Istituzioni di Diritto Privato.** 2ed. Torino: Giappichelli, 2003.

- GALVÃO, Sofia de Sequeira. **Reflexões acerca da responsabilidade do comitente no direito português.** A propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação. Lisboa: AAFDL, 1990.

- GIANI, Davide. **L'accertamento dell'elemento oggettivo dell'illecito.** Dal nesso di causalità in senso classico alla odierna causalità normativa. The Cardozo Electronic Law Bulletin, Torino, v. 22, n. 1, pp. 01-51, 2016.

- GILISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 6ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. Uma cláusula geral no Código Civil de 2002. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o nexo de imputação da obrigação de indenizar**: reflexões para um colóquio Brasil-Portugal. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, a. 1, n. 1, pp. 21-43, 2015.

- GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas**. Lisboa: AAFDL, 2010.

- GOMES, Carla Amado. **A responsabilidade civil por dano ecológico**. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de julho. Disponível em: <www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_ma_9137.doc>. Acesso em: 01 dez. 2017.

- GOMES, Júlio. **Responsabilidade subjectiva e responsabilidade objectiva**. Revista de Direito e Economia, Coimbra, v. XIII, pp. 97-115, 1987.

- GOMES, Júlio. **Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?** Revista de Direito e Economia, Coimbra, v. XV, pp. 105-144, 1989.

- GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- GOMES, Orlando. **Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil**. In: TELES, Inocêncio Galvão (org.). Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha. Lisboa: FDUL, 1989, separata.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV.

- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **O Problema da Codificação do Direito Civil**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.

- GONZÁLES, José Alberto. **Responsabilidade Civil**. 3ed. Lisboa: Quid Juris, 2013.

- GORLA, Gino. **Sulla cosiddetta causalità giuridica**: fatto danoso e conseguenze. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, Padova, n. 49, v. I, pp. 405-421, 1951.

- GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 2ed. Roma/Bari: Laterza, 1996.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.
- GUARINO, Antonio. **Compendio de Derecho Privado Romano**. 3ed. Trad. Francisco de Pelsmaecker. Cadiz: Escelicer, 1955.
- GÜNTHER, Klaus. **Responsabilização na sociedade civil**. Trad. Flavia Püschel. Novos Estudos.
- HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições**. Épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 364, pp. 35-62, fev. 2008.
- HOBSBAWM, Eric. **En torno a los orígenes de la revolución industrial**. Trad. Ofelia Castillo y Enrique Tandeter. Madrid: Siglo Veintiuno, 1978.
- IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano**. Instituciones de Derecho Privado. 9ed. Barcelona: Ariel, 1985.
- INFANTINO, Marta. **Il diritto comparato della causalità aquiliana**. Rivista di Diritto Civile, a. LIX, n. 3, pp. 569-589, mag./giu. 2013.
- IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 3ed. Milano: Giuffrè, 1989.
- IRTI, Natalino. **L'età della codificazione vent'anni dopo**. Diritto e società, Padova, n. 2, nuova serie, pp. 193-203, 1999.
- IUDICA, Giovanni. **Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo Código Civil brasileiro**. In: CALDERALE, Alfredo (org.). Il nuovo Codice Civile brasileiro. Milano: Giuffrè, 2003.
- JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado**. Trad. Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 88, v. 759, pp. 24-4-, jan. 1999.
- JHERING, Rudolf von. **El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2013.

- JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.
- JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995, reimpressão.
- JÖRS, Paul. **Derecho Privado Romano**. 2ed. Atual. Wolfgang Kunkel. Trad. L. Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1937.
- JOSSERAND, Louis. **Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas**. Trad. Jaime Meira do Nascimento. Revista DireitoGV, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 109-119, mai. 2005.
- JOSSERAND, Louis. **Evolução da Responsabilidade Civil**. Trad. Raul Lima. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 38, fasc. 456, pp. 548-559, jun. 1941.
- JUSTO, António dos Santos. **O Código Napoleão e o Direito Ibero-Americano**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. LXXI, separata, 1995.
- JUSTO, António Santos. **Breviário de Direito Privado Romano**. Coimbra: Coimbra, 2010.
- JUSTO, António Santos. **Direito Privado Romano**. Direito das Obrigações. 4ed. Coimbra: Coimbra, 2011.
- KASER, Max. **Storia del diritto romano**. Trad. Remo Martini. Milano: Cisalpino-Goliardica, 1967.
- KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LANNI, Sabrina. **Il nuovo Codice Civile della Romania: persona umana e responsabilità civile**. Rivista di Diritto Civile, Padova, a. LIX, n. 4, pp. 875-891, lug./ago. 2013.
- LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, t. II.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. **Normas de proteção e danos puramente patrimoniais**. Coimbra: Almedina, 2009.

- LEITÃO, João Menezes. **Instrumentos de direito privado para a proteção do ambiente**. Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, v. 4, n. 7, pp. 29-65, jun. 1997.
- LEITÃO, Luis Menezes. **A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho**. In: MARTINEZ, Pedro Romano (coord.). Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2001, v. I.
- LEITÃO, Luis Menezes. **Direito das Obrigações**. 6ed. Coimbra: Almedina, 2007, v. I.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente**. In: AAVV. Actas do Colóquio 'A responsabilidade civil por dano ambiental'. Lisboa: Instituto de Ciências-Jurídico-Políticas, 2008.
- LEITÃO, Luis Menezes. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil por acidentes de trabalho**. Revista de Direito da Responsabilidade, Coimbra, a. 2, pp. 01-14, 2020.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- LEONARDI, Roberto. **La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del 'chi inquina paga' al criterio oggettivo del 'chi è proprietario paga'?** Rivista Giuridica dell'Edilizia, Milano, a. LVII, fasc. 1, pp. 03-32, 2015.
- LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade Civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.
- LICCI, Giorgio. **Teorie causali e rapporto di imputazione**. Napoli: Jovene, 1996.
- LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- LIMA, Lucas Asfor Rocha. **Responsabilidade civil em matéria de ambiente: estudo comparado Brasil-Portugal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 102, n. 932, pp. 53-90, jun. 2013.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- MANDRIOLI, Eugenio. **Spunti critici per un'interpretazione restrittiva del danno risarcibile**. Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, a. 81, fasc. 2, pp. 652-674, 2016.
- MARI, Roberto. **Dizionario Italiano di Base**. Firenze: Giunti, 2004.
- MARTÍN-CASALS, MIQUEL. **Os “Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil” (PETL) no início de uma segunda década**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, a. 4, n. 12, p. 359-389, jul./set. 2017.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Acidentes do Trabalho**. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1996.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**. Aparentamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito privado e responsabilidade civil das autarquias locais**. In: AAVV. Direito e Interioridade. Actas dos I, II e III Cursos de 2008, 2009 e 2010. Coimbra: Coimbra, 2012.
- MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 8ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Os Fundamentos da Responsabilidade Civil**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 15, n. 93, pp. 29-51, out. 1991.
- MARTINS-COSTA, Judith. **O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista**. In: FRANCIULLI NETO, Domingos et al. O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2ed. São Paulo: LTr, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Sobre o princípio da insolidariedade**: os cumes das montanhas e os universos submersos. Revista Letras, Santa Maria, v. 32, pp.145-166, jun. 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A contribuição do Código Civil português ao Código Civil brasileiro e o abuso de direito**: um caso exemplar de transversalidade cultural. *Themis*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, edição especial, pp.107-128, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Apresentação**. In: SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. Uma análise do direito comparado e brasileiro. 2ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil.** Do inadimplemento das obrigações. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II.

- MARTINS-COSTA, Judith. **Dano moral à brasileira.** Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, Lisboa, a. 3, n. 9, pp. 7074-7122, set. 2014.

- MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

- MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé.** Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2016.

- MATOS, Filipe Albuquerque de. **O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel:** alguns aspectos do seu regime jurídico. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 78, pp. 329-364, 2002.

- MATOS, Filipe Albuquerque de. **Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome.** Almedina: Coimbra: 2011.

- MAUCERI, Francesco. ***Al di là di ogni ragionevole dubbio o più probabile che non***: note minime sul nesso causale nella responsabilità civile. *Jus Civile*, Torino, n. 3, pp. 110-116, 2015. Disponível em: <http://www.juscivile.it/contributi/2015/07_Mauceri.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 13ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León. **Elementos de la responsabilidad civil.** Prejuicio, culpa y relación de causalidad. Trad. colombiana. Bogotá: Leyer, 2005.

- MEDICUS, Dieter. **Tratado de las Relaciones Obligatorias.** Trad. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. II.

- MELI, Marisa. **Il principio ‘chi inquina paga’ nel Codice dell’Ambiente.** In: NICOTRA, Ida Angela; SALANITO, Ugo (a cura di). Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione. Torino: Giappichelli, 2010.

- MENDES, João de Castro. **O conceito jurídico de prejuízo.** Jornal do Fôro, Lisboa, 1953, separata.

- MENDES, Paulo de Sousa. **Sobre a origem dos princípios jurídicos da causalidade e do domínio do fato.** A *Lex Aquilia de Damno Iniuria Datum*. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário Costa (org.). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 2007.

- MENDES, Paulo Sousa. **O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva.** Direito e Cidadania, Praia, a. 9, n. 27, pp. 43-69, 2007-2008.

- MICARELLI, Chiara. **Le cause di esclusione della responsabilità.** In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. Diritto Civile. Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno. Milano: Giuffrè, 2009, v. V, t. III.

- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente:** A gestão ambiental em foco. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil.** Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

- MIRAGEM, Bruno. **Direito civil:** direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928.

- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. IV.

- MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile.** In: SACCO, Rodolfo (dir). Trattato di Diritto Civile. Torino: UTET, 1998, t. 6 (Le fonti delle obbligazioni), v. 3.

- MONATERI, Pier Giuseppe. **L'ingiustizia di cui all'art. 2043 C.C.** Uma noção salda, o un'occasione di revisione codicista? Rivista di Diritto Civile, Padova, a. 52, n. 6, pp. 523-529, nov./dic. 2006.

- MONATERI, Pier Giuseppe. **Responsabilità civile (voce).** AAVV. Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Torino: UTET, 2011, t. XVII.

- MONATERI, Pier Giuseppe. **Natura e scopi della responsabilità civile.** Disponível em: <http://www.academia.edu/21500632/Natura_e_Scopi_della_Responsabilit%C3%A0_Civile>. Acesso em: 11 out. 2017.

- MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide. **Nesso di causalità (dir. civile).** In: AAVV. Enciclopedia Giuridica Treccani (*Diritto on line*). Disponível em:

<

Acesso em: 03 ago. 2017.

- MONCADA, L. Cabral de. **Lições de Direito Civil**. Parte geral. 2ed. Coimbra: Coimbra, 1954.
- MONTEIRO, António Pinto. **A Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (org.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. **Estudos sobre a responsabilidade civil**. Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos, 1983.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedida, 1989.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade Civil**: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes e às actuais discussões de reforma na Europa. In: CALDERALE, Alfredo (org.). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Milano: Giuffrè, 2003.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. **Rudimentos da responsabilidade civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, a. II, pp. 349-390, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte geral**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações** (2ª parte). Contratos. Declarações Unilaterais de Vontade. Obrigações por Atos Ilícitos. 9ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- MONTOURO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25ed. 2tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (coord). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. *Direito, Estado e Sociedade – Revista do*

Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, pp. 233-258, jul./dez. 2006.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 95, v. 854, pp. 11-37, dez. 2006.

- MORANGIU, Antonio. **Delitto. Diritto Intermedio**. In: AAVV. Enciclopedia del Diritto. Milano, Giuffrè, 1964, v. XII.

- MÚRIAS, Pedro Ferreira. **A responsabilidade por actos dos auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 37, n. 1, pp. 171-217, 1996.

- MUSIO, Ivana. **Responsabilità da rovina di edifici**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Padova: CEDAM, 2012, v. II.

- NAVARRETTA, Emanuela. **Il danno ingiusto**. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro. Diritto Civile. Attuazione e tutela dei diritti. La responsabilità e il danno. Milano: Giuffrè, 2009, v. V, t. III.

- NERY, Rosa Maria de Andrade. **Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade Civil. Teoria Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

- NETO, Renato Lovato. **Multiplicidade de causas e incerteza sobre o nexo causal**. Revista Electrónica de Direito, Porto, n. 2, pp. 01-35, jun. 2015. Disponível em: <<https://www.cije.up.pt/download-file/1325>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

- NEVES, António Castanheira. **Antologia**: Nótula a propósito do estudo sobre responsabilidade civil de Guilherme de Moreira. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. LIII, pp. 381-390, 1977.

- NEVES, António Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, a.6, n.1, pp. 09-43, jan./mar. 1996.

- NIGRO, Casimiro A. **Brevi note in tema di abuso del diritto** (anche per um tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede). Giustizia Civile, Milano, fasc. 11, p. 2547-2565, 2010.

- NORONHA, Fernando. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). Responsabilidade Civil. Teoria Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

- OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Causalidade adequada e previsibilidade**: comentário ao artigo 7.4.4. dos Princípios Unidroit e ao artigo 9:503 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos. In: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (org.). Estudos em Memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos. Coimbra: Almedina, 2005.

- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental**, Coimbra: Almedina, 2007.

- OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental**. In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). A responsabilidade civil por dano ambiental: Actas do Colóquio realizado na Faculdade de Direito de Lisboa (18, 19 e 20 de Novembro de 2009). Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas/Universidade de Lisboa, 2010.

- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Sobre o conceito de ilicitude do art. 483.º do Código Civil**. In: AAVV. Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo. Braga: Universidade do Minho, 2002, separata.

- PAZZOLO, Paulo Ricardo. **Ato Ilícito Civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a. 17, v. 33, pp. 241-251, mar./2000.

- PEREIRA, Alexandre L. Dias. **Da equidade (fragmentos)**. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28733/1/DA%20EQUIDADE.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I.

- PEREIRA, Rui Soares. **Pressupostos filosóficos e científicos do nexo de causalidade**. Lisboa: AAFDL, 2017.

- PEREIRA, Rui Soares. **O nexo de causalidade na responsabilidade delitual**. Coimbra: Almedina, 2017.

- PERLINGIERI, Pietro. **Depatrimonializzazione e Diritto Civile**. Rassegna di Diritto Civile. Napoli, a. 4, n. 1, pp. 01-05, 1983.

- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- PIETSCH, Max. **A Revolução Industrial**. Da máquina a vapor à automação e à fissão do átomo. Trad. Alfredo Margarido. Lisboa: Guimarães Editores, 1964.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **O direito das obrigações em Roma**. Lisboa: AAFDL, 1997, v. I.
- PINTO, Paulo da Mota. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo**. Coimbra: Coimbra, 2008, v. I.
- PINTO, Paulo Mota. **Sobre condição e causa na responsabilidade civil**. Nota a propósito do problema da causalidade da causa virtual. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra, 2008, v. III.
- PIRAINO, Fabrizio. **Il divieto di abuso del diritto**. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 01, pp. 75-173, 2013.
- PONZANELI, Giulio. **La responsabilità civile**. Profili di diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 1992.
- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.
- POZZO, Barbara. **Il danno ambientale**. Milano: Giuffrè, 1998.
- PRATA, Ana. **Dicionário Jurídico**. 3ed. 6reimp. Coimbra: Almedina, 1999.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 2007.
- PUCELLA, Roberto. **La causalità “incerta”**. Torino: Giappichelli, 2007.
- PUGLIATTI, Salvatore. **Dei delitti in generale**. In: AAVV. Enciclopedia del Diritto. Milano, Giuffrè, 1964, v. XII.
- PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil**. Revista DireitoGV, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 91-107, mai. 2005.
- RAISER, Ludwig. **O futuro do direito privado**. Trad. Lucinda Maria Regugnetti. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, a. 9, v. 25, pp. 11-30, 1979.

- RAMOS, J. Arias; BONET, J. A. Arias. **Derecho Romano**. Obligaciones. Familia. Sucesiones. 18ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1995.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Piseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 17ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito**: críticas ao enunciado 37 da 1.ª Jornada de Direito Civil. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, a. 3, n. 7, pp. 63-94, abr./jun. 2016.
- RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. Roma/Bari: Laterza, 2002.
- RICCIO, Giovanni Maria. **L'imputabilità**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità Extracontrattuale. Padova: CEDAM, 2012.
- RIZZO, Nicola. **Giudizi di valore e "giudizi di ingiustizia"**. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 2, pp. 295-354, 2015.
- ROBERTI, Francesco Card. **Delitti e Pene (diritto canonico)**. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (coord). Novissimo Digesto Italiano. 3ed. Torino: UTET, 1957, v. V.
- ROCCA, Encarna. **Derecho de daños**. Textos y materiales. 5ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1967, ristampa.
- RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**. Un'utopia necessaria. Roma/Bari: Laterza, 2014.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 19ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.
- ROSENVALD, Nelson. **As funções da reponsabilidade civil**. A reparação e a pena civil. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROSSETTI, Marco. **Imputabilità del fatto dannoso**. In: GABBRIELLI, Enrico (a cura di). Commentario del Codice Civile (artt. 344-2059). Torino: UTET, 2011.

- ROSSI, Cristiana. **Niente risarcimento se non è provato il nesso di causalità.** Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, a. 39, fasc. 3, pp. 777-788, 2004.

- ROSSI, Giovanni. **Bartolo da Sassoferrato alle origini della moderna trattatistica giuridica: note di lettura sul «Liber Minoricarum».** Studi Umanistici Piceni, Verona, pp. 15-44, 2012. Disponível em: < https://www.academia.edu/4999567/G._Rossi_Bartolo_da_Sassoferrato_alle_origini_della_moderna_trattatistica_giuridica_note_di_lettura_sul_Liber_Minoricarum_ >. Acesso em: 01 jul. 2017.

- ROTONDI, Mario. **Istituzioni di Diritto Privato.** 2ed. Padova: CEDAM, 1937.

- SACCO, Rodolfo. **Che cos'è il diritto comparato.** Milano: Giuffrè, 1992.

- SACCO, Rodolfo; ROSSI, Piercarlo. **Introduzione al Diritto Comparato.** 6ed. Torino: UTET, 2015.

- SALITO, Gelsomina. **Il danno alla persona: profili introduttivi.** In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale. Padova: CEDAM, 2012, v. II.

- SALITO, Gelsomina. **Le cause di giustificazione.** In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale. Padova: CEDAM, 2012, v. II.

- SALVADOR, Pablo; GÓMEZ, Carlos. **El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes.** Sub judice: Justiça e sociedade, Coimbra, n. 34, pp. 11-26, jan./mar. 2006.

- SALVI, Cesare. **Il danno extracontrattuale.** Modelli e funzioni. Napoli: Jovene, 1985.

- SALVI, Cesare. **La responsabilità civile.** 2ed. Milano: Giuffrè, 2005.

- SAMPAIO, Leonardo Rodrigues; CAMINO, Cleonice P. Santos; ROAZZI, Antonio. **Justiça distributiva: uma revisão da literatura psicossocial e desenvolvimentista.** Psicologia em Estudo, Maringá, v. 14, n. 4, pp. 631-640, out./dez. 2009.

- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Cláusula geral de risco e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.** In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (coord.). Superior Tribunal de Justiça: doutrina. Edição comemorativa aos 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

- SANTA HELENA, Eber Zoehler. **Justiça distributiva na teoria de justiça como equidade de John Rawls**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 178, pp. 337-346, abr./jun. 2008.

- SANTOLIM, Cesar. **Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil no direito brasileiro e português**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, Lisboa, a. 3, n. 10, pp. 8441-8467, 2014.

- SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

- SANTOS, Gonçalo André. **Responsabilidade objectiva**. Relatório de mestrado. Curso de Mestrado em Direito (Faculdade de Direito de Lisboa). Orientador Prof. Doutor António Menezes Cordeiro e Prof. Doutor Luís Menezes Leitão. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2001.

- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1886, t. IV.

- SCHIPANI, Sandro. **Releer los Digesta de Justiniano para un Código de las Obligaciones Latinoamericano**. Trad. Javier Humberto Facco. Roma e America - Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, Roma, n. 26, pp. 49-64, 2008

- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 3ed. São Paulo: Atlas, 2011.

- SCIANCALEPORE, Giovanni. **La struttura dell'illecito: azione ed omissione**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale. Padova: CEDAM, 2012, v. II.

- SCOGNAMIGLIO, Claudio. **Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile**. Responsabilità Civile e Previdenza, Milano, n. 4, sez. 1, pp. 1063-1073, 2013.

- SCOGNAMIGLIO, Renato. **Fatto giuridico e fattispecie complessa**. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, pp. 331-335, 1954.

- SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità civile e danno**. Torino: Giappichelli, 2010.

- SCOGNAMIGLIO, Renato. **Responsabilità Civile**. In: AAVV. Novissimo Digesto Italiano. Torino: UTET, 1957.

- SEMPI, Laura; LI, Yixian. **La nuova legge sulla responsabilità civile in Cina:** mettendo ordine nel “casseto” dell’illecito extracontrattuale. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. 61, n. 5, pp. 693-715, set./ott. 2010.

- SERRA, Adriano Vaz. **Obrigação de indemnização** (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). *Direito de abstenção e de remoção*. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 84, pp. 05-305, 1959.

- SERRA, Adriano Vaz. **Fundamento da responsabilidade civil** (em especial, responsabilidade por acidentes de viação, terrestre e por intervenções lícitas). Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 90, pp. 05-319, nov. 1959.

- SERRA, Adriano Vaz. **Requisitos da responsabilidade civil**. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 92, pp. 38-137, 1960.

- SILVA, Clóvis do Couto e. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 667, 07-16, mai. 1991.

- SILVA, Clóvis do Couto e. **Dever de indenizar**. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- SILVA, Gustavo Passarelli da. **A responsabilidade objetiva no direito brasileiro como regra geral após o advento do novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.passarelli.adv.br/artigos/a-responsabilidade-objetiva-no-direito-brasileiro-como-regra-geral-apos-o-advento-do-novo-codigo-civil/10/>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

- SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990.

- SILVA, Manuel Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indemnizar**. Lisboa: Livraria Moraes, 1944, v. I.

- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **Bártolo na História do Direito Português**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 12, separata, 1960.

- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**. Fontes de Direito. 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

- SILVA, Oscar J. de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. II.

- SILVA, Rafael Peteffi. **Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual**: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, pp. 169-214, 2019.
- SILVA, Wilson Melo. **Responsabilidade sem culpa**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- SMORTO, Guido. **Il criterio di imputazione della responsabilità civile**. Colpa e responsabilità oggettiva in *Civil Law e Common Law*. Europa e Diritto Privato, Milano, n. 2, pp. 423-448, 2008.
- SOHM, Rodolfo. **Instituciones de Derecho Privado Romano**. Historia y Sistema. Trad. W. Roces. 17ed. Madrid: Vitoriano Suárez, 1928.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 71, pp. 403-468, 1995.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português**. *Estudos de Direito do Consumidor, Coimbra*, n. 6, pp. 279-318, 2004.
- SPINA, Giulio. **La responsabilità del custode ex art. 2051 C.C. tra presunzione di colpa e responsabilità oggettiva**. *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, a. 78, n. 5, pp. 1532-1550, 2013.
- STANZIONE, Maria Gabriela. **L'incidenza del principio di precauzione sulla responsabilità civile negli ordinamenti francese e italiano**. *Comparazione e Diritto Civile*, Salerno, giu. 2016. Disponível em: <http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/STANZIONE_PRECAUZIONE_2016.pdf>. Acesso em: 13 set. 2017.
- STANZIONE, Paquale. **Introduzione**. In: ANCEL, Marc. *Utilità e metodi del diritto comparato. Elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*. Trad. Pasquale Stanzone e Gabriella Autorino. Napoli: Jovene, 1973
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade civil no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro**: Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil francês. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9704-9703-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

- STURM, Fritz. **La formazione del BGB**. In: AAVV. I Cento Anni del Codice Civile Tedesco in Germania e nella Cultura Giuridica Italiana. Padova: CEDAM, 2002.
- TAKOI, Sérgio Massaru. **Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, a. 17, v. 66, pp. 293-310, jan./mar. 2009.
- TALAMANCA, Mario. **Colpa civile (storia)**. In: Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1960, sezione II, v. VII (Cir-Compa).
- TARTUCE, Flávio. **A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, a. 1, n. 3, pp. 583-638, 2015.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. **Há espaço para uma função punitiva da responsabilidade civil extracontratual?** Um contributo da análise económica do direito. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da. Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches. Coimbra: Coimbra, 2011, v. 2.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. **Dano Moral Coletivo**. A configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2014.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. **Responsabilidade civil e consentimento do lesado**: Um contributo da experiência portuguesa à ordem jurídica brasileira. Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa, Lisboa, a. 3, n. 9, pp. 7447-7501, set. 2014.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. **A ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil delitual**: um exame em perspectiva comparada (luso-brasileira). Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, a. 3. n. 6, pp. 1163-1190, 2017.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. **Responsabilidade civil agravada pelo risco/perigo da atividade**: um diálogo entre os sistemas jurídicos italiano e brasileiro. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil: novas tendências. Indaiatuba/SP: Foco Jurídico, 2017.
- TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 7ed. Coimbra: Coimbra, 2010, reimpressão.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II.

- TORRENT, Armando. **Manual de Derecho Privado Romano**. Zaragoza: Libreria General, 1995.
- TRIGO, Maria da Graça. **Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro**. Coimbra: Coimbra, 2009.
- TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e Responsabilità Oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961.
- TRIMARCHI, Pietro. **Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva**. In: BUONOCORE, Vincenzo; MAJELLO, Ugo. *Fondamento e funzione della responsabilità civile*. Napoli: Cooperativa Editrice Economica e Commercio, 1975.
- TRIMARCHI, Pietro. **Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente**. Milano: Giuffrè, 1994.
- TRIMARCHI, Pietro. **La causalità nella responsabilità civile**. Persona e danno (a cura di Paolo Cendon), Trieste, 30 lug. 2008. Disponível em: <<https://www.personaedanno.it/articolo/la-causalita-nella-responsabilita-civile-pietro-trimarchi>>. Acesso em: 17 set. 2017.
- TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di Diritto Privato**. 18ed. Milano: Giuffrè, 2009.
- TROISI, Claudia. **La responsabilità oggettiva**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). *Trattato della Responsabilità Civile. Responsabilità extracontrattuale*. Padova: CEDAM, 2012, v. II.
- USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10ed. Coimbra: Almedina, 2009, v. I, reimpressão.
- VASCONCELOS, Maria João Pestana de. **Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual dos danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português**. In: ANTUNES: Ana Filipa Morais et al (org.). *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Responsabilidade civil. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- VICENTE, Dário Moura. **Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado**. Coimbra: Almedina, 2001.

- VICENTE, Dário Moura. **Entre autonomia e responsabilidade**: da imputação de danos às tabaqueiras no direito comparado. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a. 73, n. 1, pp. 213-265, 2013.

- VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017, v. II.

- VIOLANTE, Andrea. **Responsabilità oggettiva e causalità flessibile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

- VISINTINI, Giovanna. **Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno**. Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale, Padova, a. III, n. 1, pp. 73-84, gen./feb. 1987.

- VISINTINI, Giovanna. **La nozione di incapacità serve ancora?** In: CENDON, Paolo. Un altro diritto per il malato di menti. Esperienze e soggetti della trasformazione. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 1988.

- VISINTINI, Giovanna. **Trattato breve della responsabilità civile**. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile. 2ed. Padova: CEDAM, 1999.

- VISINTINI, Giovanna. **Cos'è la responsabilità civile**. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale. 2ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

- VITALE, Antonio. **Delitti (diritto canonico)**. In: CALASSO, Francesco (coord.). Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1964, v. XII.

- VOCI, Pasquale. **Manuale di Diritto Romano**. Parte generale. 2ed. Milano: Giuffrè, 1998. Ristampa.

- VOCI, Pasquale. **Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1938.

- VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones de derecho privado romano**. Madrid: Civitas, 1986.

- VON BAR, Christian. **The Common European Law of Torts** (Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality and Defences). Oxford: Clarendon Press, 2000.

- VON TUHR, Andreas. **Tratado de las Obligaciones**. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1934, t. I.

- WESEMBERG, Gerhard; WESENER, Gunter. **Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa**. Trad. Jose Javier de Los Mozos Touya. 4ed. Valladolid: Lex Nova, 1998.

- WIEACKER, Franz. **Diritto privato e società industriale**. Trad. Gianfranco Liberati. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, reimpressão.

- ZAMBRANO, Virginia. **Delimitazione del danno da risarcire e nesso causale**. In: STANZIONE, Pasquale (dir.). Trattato della Responsabilità Civile. Padova: CEDAM, 2012, v. II.

- ZAMORANO, Marcelo Barrientos. **El ressarcimiento por daño moral en España y Europa**. Salamanca: Ratio Legis, 2007.

- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Premesse per una ricerca comparatistica sui sistemi di responsabilità civile**. In: AUTORINO, Gabriella (a cura di). Le 'responsabilità speciali': modelli italiani e stranieri. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **La responsabilità civile**. In: AAVV. Diritto privato comparato. Istituti e problemi. Roma/Bari: Laterza, 2008.

- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. Istituti. Edizione italiana a cura di Adolfo di Majo e Antonio Gambaro. Milano: Giuffrè, 1995, v. II.